D. GREGORII

ROSIGNOLI

DE

Tutor., & Curat.

PARS I.

NOVISSIMA PRAXIS THEOLOGICOLEGALIS

IN VNIVERSAS

De Tutoribus, & Curatoribus controuersias.

AVCTORE

D. GREGORIO ROSIGNOLO

EX CLER. REG. SANCTI PAVLI

NOUARIENSI.

PARS PRIMA.

AD ILL.MUM ET EXCELLENTISSIMVM

D.D. FRANCISCVM MARIAM SFORTIAM VICECOMITEM,

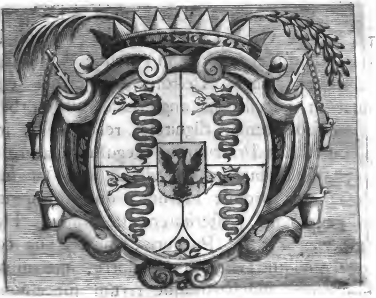
Marchionem Carauagij, Comitem Galliati, Clastidij, Lactarellæ, & Dominum Curtis Madamæ &c.

Cum duplici Indice altero titulorum, altero rerum locupletissimo.



MEDIOLANI, 1695.

Ex Typographia Caroli Antonij Malatestæ.



ILL.MO ET EXCELL.MO DOMINO,

DOMINO

D. FRANCISCO MARIÆ SFORTIÆ VICECOMITI,

MARCHIONI CARAVAGII, COMITI GALLIATI, CLASTIDII, LACTARELLÆ, ET DOMINO CVRTIS MADAMÆ &c.

TVtoribus, & Curatoribus meis tutelam daturus præstantissimam Te conuenire sum ausus EXCELL.ME DOMINE, audaci sanè, immò & superbo propè consilio; cum summa Tui Nominis claritas non solum felicitatem, sed & merito suo gloriæ

peren-

perennitatem afferre operi posſit. Ea porrò eſt Sfortiæ Gentis amplitudo, vt ſcribendi laborem adimat inſcribenti; neque de illa ſint admonendi literis Lectores, neque ſe cogi ſinat in pagellarum anguſtias, quæ orbem vniuerſum famâ, dignitate, rebus geſtis impleuit. Hæc Principum, Regum, Cæſarumque affinitatibus inclyta vbique ſuo ſanguine dignisſimos protulit Heroes, quorum ſpiritus in generoſam poſteritatem transfudit. Hæc Imperijs, Armis, Purpuris, Laureis vna collegit quidquid vſquam eſt gloriæ, interminata honorum, magnarumque rerum ſucceſsione; vt ſiue antiquiora ſpectemus, ſiue recentia, ſemper in apice ſteterit, ac illuſtrarit hiſtorias. Hoc Tu editus ſplendore natalium indole, ac moribus Tuis inſuper efficis, ne quærenda ſint à remotiori memoria merita Maiorum, quorum præſentia intuemur argumenta Tuæ admiratione virtutis. Idem & animi excelſitate, & vincente annos prudentia, &, quæ rarò cum magna virtute conuenit, vitæ integritate ſpectandus, eximia hæc bona ſuauiſsimo cumulas humanitatis condimento; vt cum cætera in pretio ſint, iſta etiam mereatur amorem. Quantam verò apud Patriam aſſecutus es hoc ætatis

exi-

existimationem, demandatis Tibi muneribus, siuè quæ ad publicæ rei curam, siuè quæ ad pia opera pertinent, tanta solertia, vigilantia, fide administratis? Nec illa omittenda est ingenij laus, quod Tu primis vsque ab annis literis omnibus perpolitum non in priuatis solùm studiorum tuorum recessibus, sed in celebri eruditorum consessu Faticosorum Academiæ Princeps felicissimè exerces, gestientibus literis Te duce rem suam tanto cum decore florere. Hæc quò libentius, eò pressius attingo, ne dotibus tuis videar nobis plausum aucupari, quibus teneram ætatem dedisti bonis artibus excolendam. Et quanuis generosis progressibus viceris operam nostram, magno gratulamur Alumno, ijs digno Maioribus, quibus itidem debemus hanc gloriam commissæ nobis institutionis suæ. Quod grata recordatione recolentes, cum gentis tuæ beneuolentiæ, ac beneficentiæ plurimum simus obstricti, nihil charius memoramus, nihil nobis illustrius, quàm nobiles animos culturæ nostræ credidisse. Accipe igitur à deuinctissimo Tuis, Tuorumque meritis Collegio emissum obseruantiæ pignus, & ea, qua semper nostris interes, benignitate tuere Tuto-

res

res meos; qui mecum in tuam veniunt clientelam. Vale.

Dat. in Collegio Sancti Alexandri die 20. mensis Iulij 1695.

Excellentiæ Tuæ.

Addictissimus, & Obsequentissimus Seruus

D. Gregorius Rosignolus Cler. Reg. S. Pauli.

DON

DON OCTAUIUS VICECOMES
Congregationis Clericor. Regular. S. PAVLI Præpositus Generalis.

CVM librum, cui Titulus est: *Nouissima praxis Theologicolegalis in Vniuersas de Tutoribus, & Curatoribus controuersias* à P. D. Gregorio Rossignolo Congregationis nostræ Presbytero Professo compositum, duo eiusdem Congregationis eruditi Viri, quibus id commisimus, acurata lectione, & graui iudicio recognouerint, & posse in lucem edi probauerint. Nos, vt typis mandetur, quantum in nobis est, his nostris manu, sigilloque munitis, facultatem facimus. Dat. Romæ in Collegio nostro SS. Blasij, & Caroli, die 23. Ianuarij 1693.

D. Octauius Vicecomes Prep. Gen.

Locus ✠ Sigilli.

D. Augustinus de Sancto Augustino Secret.

PRimam partem *Nouissimæ praxis Theologicolegalis in vniuersas de Tutoribus, & Curatoribus controuersias* qua Admod. R. P. D. Gregorius Rosignolus ex Clericis Regularibus S. Pauli communi vtilitati insudare prosequitur, iussu Reuerendissimi P. Mag. Prosperi de Leonibus Ciuitatis, & Status Mediolani Inquisitoris Generalis perlegi; & nihil aut sanæ doctrinæ, aut moribus dissonum: quin omnia iuxtà Auctoris morem, benè, clarè, ac ingeniosè digesta, & probata obseruasse testor, & luce digna iudico, in Conuentu SS. Cosmæ & Damiani Mediol. hac die 30. Iulij 1694.

Ego F. Eustachius à S. Vbaldo Ordinis Excalceatorum S. Augustini S. Inquisitionis Consultor.

IMPRIMATVR.

Fr. Prosper de Leonibus Inquisitor Generalis Mediolani &c.

Bartholomæus Crassus Canonicus Ordinarius pro Illustrissimo, & Reuerendissimo D.D. Archiepiscopo.

Franciscus Arbona pro Excellentissimo Senatu.

INDEX

Titulorum, Prænotionum, Disquisitionum, & Paragraphorum.

CONTRACTVS XVII.

DISQVISITIONES I.

A prima ad decimam prænotionem exclusiuè.

DISQVISITIONES II.

A decima vsque ad vigesimam prænotionem.

nem,

Patre

ad

DISQVISITIONES III.

Ad alias prænotiones de Tutor., & Curat.

CON-

CONTRACTVS XVII.

De Tutoribus, & Curatoribus.

EA est indita creaturis præsertim rationalibus à natura propensio, vt, cum in eiusdem indiuiduis diù seruari non possit incolumis, cum volubili rerum vicissitudine, successiuisque motibus dilabatur, se ipsam seruare contendat secundum speciem multiplicatis semper, & semper indiuiduis, in quibus deperdita miro ordine instauret, & labentem renouet vetustatem. Hinc per successiuas generationum series speciem profundit, quam omni conatu tueri satagit ab aduersis, quamquè continuò dilabentem in præcessoribus non potest sistere, confirmat in posteris. Orta inde est iure sanguinis in singulis studiosa, accurataque solertia se ipsos vel in se ipsis, vel in suis conseruandi, vt quos genuerunt, sibique habent coniunctos sanguine, iure naturæ compellente teneantur tueri, & in esse, quod per sui difusionem communicarunt, ab aduersis quibuscunque vindicando conseruare. Communicata proli secundum speciem per parentes natura onus in eisdem oritur, dum vsura huius vitæ fruuntur, congruæ, & honestæ educationis debitæ sustentationis per proportionata alimenta, cæteraq; necessaria tum ad esse, tum ad augmentum eiusdem. Nec satis; ea est in ascendentibus ingenita cura, vt, cum se labi sentiant, ne simul cum ipsis congruis destituta præsidijs proles dilabatur, eiusdem vitam, & substantiam in capite libero firment munimine, & vallo communiant. Hinc ad pupillorum vitæ custodiam tutores, & ad substantiarum conseruationem, quoad cæteros secundum se huic muneri impares, curatores constituunt. Quod, si ipsi vel inopinato fato, vel culpabili incuria huic muneri substituendi defecerint, per iura legitimi, vel per Iudices datiui substituuntur tutores. Ordinem, quem natura seruat in suis operationibus, & nos sequimur in doctrina; postquam enim egetimus de prolis propagatione in quæstionibus de matrimonio, & de parentum onere, dum adhuc sunt superstites quoad eiusdem educationem, & alimentorum collationem, dum de effectibus eiusdem matrimonij; item de eorum obligatione, filias dotandi in quæstionibus de dote, congruum modo est, vt de congruo eiusdem prolis, seu filiorum

præsidio tàm quoad vitam, quàm quoad substantiam peragamus, dum orbati parentibus reperiuntur. Hæc meta erit præsentium disceprationum, quas in hoc volumine examinabimus, quibus sedulò incumbendum, cum inuoluant materiam crebrò in foro versantem.

Agunt de Tutoribus, & Curatoribus iuris ciuilis interpretes sub suis respectiuè titulis, qui in toto iuris corpore continentur; specialitèr *Oinotimus Instit. de tutel., Montanus de tut. per integrum volumen, Gutierez de tutel., Balthaßar Thomasius per integ. tract. de Tut., & Curat., Paulus Christin. ad leg. municip. tit. 19. art. 3., Petrus de Onnate de contract. tom. 2. tract. 17., Giballinus de vniuers. negot. tom. 2. lib. 5., Egidius de Casteion. in alphabet. iurid. verb. tut., & tut., Borgninus Caualcanus de tutel., Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. tutela, & alij innumeri.*

PRÆNOTIO I.

Quid propriè sit tutela.

SVMMARIVM.

Definitio tutelæ exponitur. 1.
Variæ acceptiones nominis vis, & potestatis. 2.
Non importat violentam, & necessariam potestatem. 3.
Aliæ explicationes circa easdem particulas exponuntur. 4.
Importat maiorem quandam potestatem quoad plenam administrationem. 5.
Rationes suadentes illas particulas in capite libero *referri ad tutorem. 6.*
Probabilius referuntur ad eum, cui dari debet tutor. 7.
Hinc filijs familias dari nequeunt tutores. 8.
Probabilius, nec emancipatis viuente Patre. 9.
Nec seruis propriè acceptis. 10.
Nec Matri familias curator viuente marito. 11.
Rationes suadentes ventri prægnanti non posse tutorum constitui. 12.
Huiusmodi rationes reprobantur. 13.
Refutantur asserentes fœtum in vtero Matris existentem non esse personam, nec hominem, nec viuere, nisi vita Matris. 14.
Fœtus in vtero Matris existens potest dici pupillus, & quomodo. 15.
Potest dici, quod ratione generationis fuerit sub potestate Patris. 16.
Patre viuente non potest ventri prægnanti constitui tutor. 17.
Iuxta tamen communem consensum DD. ventri prægnanti salum curator potest constitui. 18.
Patre deportato eius filio impuberi potest tutor constitui. 19.
Filijs adoptiuis transeuntibus in potestatem adoptantis, nequit tutor constitui. 20.
Tutores dicuntur à tuendo, non à tollendo. 21.
Dantur principalitèr personæ, & non nisi secundario rebus. 22.
Quomodo ætates hominum distinguantur. 23.
Ætas pupillaris incipit à natiuitate, & protrahitur ad 14. annum. 24.
Tres gradus huius ætatis distinguuntur. 25.
Tutores dantur vsq; ad 14. annum. 26.

PRolixam instituunt quæstionem Doctores, & præcipuè Paulus Montanus circa nomen, & quidditatem tutelæ, vbi varias acceptiones eiusdem recenset, variasq; tutelarum genera enumerat, quæ potius ad eruditionem deseruiunt, quam ad substantiam præsentis instituti. Si quis cupiat in hoc erudiri, consulat eundem Montanum. Nos sistimus in medula substantiæ parum curantes de verborum cortice, inquirentes germanam, & propriam eiusdem definitionem, prout confert ad materiam, de qua agimus. Omissis igitur alijs sit.

ASSERTIO. Tutela est *vis, atque potestas in capite libero ad tuendum eum, qui se* I
per ætatem defendere nequit iure ciuili data, Exponitur definitio tutelæ.
atque permissa. In hanc ferè omnes consentiunt *Oinotimus in §. est autem Instit. de tutel., Montanus de tutela c. 2. cum pluribus seqq., Gutierez de tutel. c. 1. n. 1., Balthaßar Thomas. tract. de tut., & curat. tit. 1. c. 1. per tot., Paulus Christinus ad leg. municip. tit. 19. art. 3., Petrus de Onnate de contract. tom. 2. tract. 17. disp. 48. sect. 1., & seqq., Gibalinus de vniuers. negotiat. tom. 2. lib. 5. c. 11. art. 1., Egidius de Casteion. in Alphabet. Iurid. verb. tutela, & tutor,* Expressè colli-

colligitur *ex d. §. est autem Instit. de tutel., & ex l. 1. ff. eodem titulo*.

2 Variæ acceptiones nominis vis, & potestatis.

Explicatur per discussionem particularum eadem definitio. Dicitur *vis, & potestas*, in quarum explicatione non cohærent inter se DD., sed in varias abeunt interpretationes. Alij, inter quos *Accursius in l. 1. ff. de tutel., & in princip. Instit. tit. de tutel.* dixerunt, illas particulas idem sonare, ac violentam, & necessariam potestatem executionem habentem eo, quod tutela detur inuito, & contra inuitum. Sed hanc interpretationem impugnat *Bartolus apud eundem Montanum de Tut., & Curatore c. 2. nu. 9.* existimans, quod illa particula, *vis*, non deducatur à violo, sed à vinco, vnde iuxta ipsius placitum importat viridem potestatem, non autem violentam. Subdit deinde, quod, quando illa particula coniunctiua, *Et*, mediat inter duo substantiua, vt in casu præsenti, quæ ferè idem significent, eadem copula, seu particula coniunctiua resoluatur, & vnum substantiuum transeat in adiectiuum, quod pluribus exemplis illustratur apud eundem *Montanum loc. cit.* Sed hanc quoque Bartoli interpretationem non approbat idem Montanus, qui eam appellat ridiculam, quamuis protestetur, vel in minimo eius immortali gloriæ velle derogare. Alij, inter quos *Andreas Alciatus lib. 1. parergon. c. 8.* voluerunt illam particulam, *Vis*, idem importare, ac ius, eo quia de iure gentium iura a viribus metiebantur. Alij, inter quos *Loriotus Salmensis de iuris arte tit. 6. de tutelis*, voluerunt, quod illa particula, *vis*, importet maiorem potentiam, quam tutor habet in eo, quod non est prohibitum, vnde habet mandatum eum libera a lege, idest plenam, & liberam administrationem ad notata per *Bartolum in l. inter bonorum ff. de administ. tut., & per Curtium Iuniorem conf. 147. nu. 13. ex glos. fin. in l. mandato gener ff. de procurat.* addita potissimum ratione, quod iura magis confidunt de tutore, quam de Patre, quià cum tutore filius, seu pupillus obligatur per textũ *in §. pupillus Instit. de inutil. stipul.* non autem cum obligatione Patris per textum *in l. fin. §. pupillus ff. de verb. oblig.* Alij, inter quos *Montanus de Tutor. & Curat. c. 2. num. 20.* intelligunt per ly, *vis*, virtutem, effectum, atque auctoritatem ex lege prouenientem. Si rectè omnes allegatas interpretationes, examines, conspicies, ferè omnes esse inter se affines, nec in substantia discrepare, & quidem, si primam, quam adhibet *Accursius* consideres, prout dicit importare violentam potestatem, non longe à veritate abesse conspicies, si sumas per ly *violentam* obligationem à lege inductam, à qua tutor præcipuè legitimus se subtrahere nequeat sine legitima causa excusante per ea, quæ infrà examinabimus; nec ille, cui datus est, potest se subtrahere per textum *in §. 1. Instit. de excus. tut.*, si reliquas perpendas, inuenies in idem ferè coincidere, & importare solummodo maiorem quandam potestatem quoad plenam administrationem, quam habet tutor in bonis pupilli, ratione cuius, quamuis propriè non sit dominus, habetur tamen loco domini per ea, quæ considerat *Montanus loc. cit.*

3 Non importat violentam, ac necessariã potestatem.

4 Aliæ explicationes circa easdem particulas exponuntur.

5 Importat maiorem quandam potestatem quoad plenam administrationẽ.

6 Rationes suadentes ly *in capite libero* referri ad tutorem.

Dicitur, *in capite libero*; circa quas particulas videtur posse esse controuersia, an referantur ad eum, qui constituendus est, vel constituitur in tutorem, quatenus ipse debeat esse caput liberum, an verò ad eum, cui tutor constituitur? & quidem, si attendatur contextus verborum, quæ continentur in definitione, videntur referri ad ipsum Tutorem, qui scilicet debeat esse caput liberum, hoc est non alligatum, & subiectum, adeo vt muneribus tutelæ fungi non possit; cum etenim in definitione dicatur, quod sit *vis, & potestas in capite libero ad tuendum eum, qui se per ætatem &c.* ly *in capite libero* referri videtur ad eum, qui debet tueri, & defendere, non ad eum, qui defendendus est; non enim considerari potest hæc vis, & potestas in eo, qui per ætatem se defendere nequit, sed in alio, qui valeat ipsum tueri. His tamen minimè obstantibus communius sustinent illas particulas referri ad eum, cui tutor constituendus est *Glosa in l. 1. ff. de tutel.* dum dicit, seruo dari non posse tutorem, quia seruus liber non est, sed sub domini potestate *Montanus de tut. & curat. c. 3. n. 28., Petrus de Onnate de contract. tom. 2. tract. 17. disp. 48. sect. 1. nu. 8.*, & in hoc communitèr consentiunt; ex quo deducunt generalem regulam, quod illi dari nequeat tutor, qui est iam sub aliena potestate *Proculus lib. 8. Epist. in l. non dubito § liber autem ff. de capt., & post limin. reuersis, Oldradus de Ponte conf. 234. factum tale est, quidam miles num. 2.*, & sic filio familias, qui est sub patria potestate, dari nequit tutor *ad notat. per textum Instit. de tutel. in princip., & ibi DD. communiter, Philippus Corneus conf. 129. num. 11. lib. 1., Marianus Socinus conf. 59. n. 30., & seqq. lib. 3., Arius Pinellus in l. vlt. n. 15., & seqq. C. de bon. matern., Ascanius Clemens de patria potest. effect. 14. nu. 1., & seqq.*, qua ratione, nec filio familias furioso existenti sub patris pote-

7 Probabilius referuntur ad eum, cui dari debet tutor.

8 Hinc filijs familias dari nequeunt tutores.

state datur curator per textum *in l. cum furiosus C. de curat. furios.*, nec filio mortuo Patre dari potest tutor, si sit sub potestate Aui *Philippus Corneus cons. 129. num. 9., & 10. lib. 1.* per textum *in l. cum filius familias ff. de milit. testam.* Sed, an filio à Patre emancipato possit dari tutor, maxima est controuersia inter DD. Alij arbitrantur, filijs sic emancipatis constitui posse tutores, eo quia in eisdem cesset ratio, nempe patria potestas, ratione cuius respectu ipsorum interdicitur tutor, sicque cessante causa cessare debeat dispositio, & effectus. Alij è con-

9 Probabilius, nec emancipatis viuente Patre.

tra, & quidem congruentius, sentiunt, dari non posse, inter quos *Montanus de tut. & curat. c. 3. n. 39.*, & alij, qui mouentur ex amore Patris in filios, quo maior præsumi nequit per textum *in l. vlt. in princip. C. de curat. furios.*, qui amor non extinguitur ex emancipatione eorundem filiorum, & ratione eiusdem nulli congruentius res filiorum videntur credendæ, quam Patri, & quamuis per emancipationem intelligantur soluta iura ciuilia, non intelliguntur tamen soluta naturalia *Angelus Aretin. in §. b s qui n. 1. Instit. de hæred. quæ ab intest.*

10 Nec seruis propriè acceptis.

Hac eadem ratione capitis non liberi etiam seruis dari nequeunt tutores, cum illi subdantur dominicæ potestati *Glosa in d. l. 1. ff. de tutel., & in §. est autem Instit. eod. tit., Montanus de tut. & curat. c. 3. n. 43.*

11 Nec Matri familias curator viuente marito.

Eadem ratione, nec Matri familias constitui potest tutor, seu curator dari propter subiectionem, quam habet ad maritum, prout benè notat *Montanus loc. cit. n. 45.*

Hic in dubium nonnulla cadunt, quæ excitat *Montanus loc. quo supra n. 48., & seqq.*, & primo, an ventri prægnanti possit tutor constitui. Secundo, an pupillis dari possit tutor, quando ipsorum Pater est deportatus. Tertio, an filijs adoptiuis possit tutor constitui, siuè transierint in potestatem adoptantis, siue non, & alia inde emanantia.

In ordine ad primum *Montanus loc. cit. num. 48.* sentit ventri prægnanti non posse tutorem assignari, cum fœtus in eodem existens nullatenus possit vocari pupillus per textum *in l. non est pupillus*

12 Rationes suadentes ventri prægnanti non posse dari tutorem.

ff. de verb. signif., nec homo sit, nec animal *Bartolus in l. 1. in seruorum ff. de statu hominum per textum in l. falcidia ff. ad leg. falcid. l. 1. ff. de ventr. inspic.*, & quousq; in ventre existit non possit dici extitisse sub potestate Patris, & ab eadem potestate desijsse, sicuti requiritur, vt quis dicatur pupillus per textum *in l. vlt. ff. de assignat. libert. §. cum autem Instit. de tutel.* Addit vlterius, quod fœtus, quousque in ventre Matris existit, non est, nisi viscerum Matris quædam portio, vnde ancilla prægnante vendita, si partus euincatur, non agitur duplo addita ratione, quia in tali venditione non est habitus respectus ad partum, nisi quatenus est quoddam intestinum Matris. Ex quibus omnibus deducit, quod ei tutor dari nequeat per textum *in l. si nemo tutorem 2. ff. de testam. tutel. l. ventri ff. de tutor. & curat. datis ab his &c. l. 1. §. si quis quasi ff. de eo, qui pro tutore*, & ad summum curator, quoad bona. Alij è contra sentiunt, ventri prægnanti posse tutorem constitui, & assignari, quia, qui in vtero est, perinde est, ac si esset in re-

13 Huiusmodi rationes reprobantur.

bus humanis per textum *in l. qui in vtero ff. de stat. hom., & in l. intelligendus ff. de verbor. signif.*, vbi dicitur mortis paternæ tempore fuisse, qui in vtero relictus est, & *in l. illud §. vlt., & ibi Glosa, & Bartolus ff. de bonor. pos. contra tabul.* vbi infans, qui in vtero est, aperit edictum scripto hæred. ad contratabulandum, & qui in vtero est, facit partem ijs, qui pari gradu sunt *l. intestato §. vtique ff. de suis, & legit. hæred.*, & est capax hæreditatis *l. placet ff. de lib., & posth., & l. vlt. C. de instit.*, & legati *l. si qui quartam §. si quis, & l. qui filiabus in principio, & §. si quis ita ff. de legat. 1.* Adde pro hac opinione, quod contraria præcedens falso innititur principio, dum dicit fœtum in vtero existentem nihil aliud esse, quam quandam portionem Matris, & comparari vt intestinum eiusdem; certum enim ea, quod, postquam est perfectè formatus, & organizatus, viuat propria vita distincta ab illa Matris, & contrarium asserere erit penitus erroneum, & periculosum in fide. Quid iam in hac controuersia concludendum? Plura quoad

14 Falsum est, quod fœtus in vtero Matris existens, & formatus non sit persona, nec homo, nec viuat, nisi vita Matris.

hoc dico, & primò grauitèr errare DD., qui asserunt fœtum, quousque existit in vtero matris, nec esse personam, nec hominem, nec animal, nec item viuere, nisi vita matris, nec habere animam rationalem, nisi dum egreditur ab Ergastulo vteri materni; quandoquidem, si fœtus fuerit animatus, & contingat violenta illius eiectio secundum communem Iuristarum, Theologorum, & Summistarum consensum, prout refert *Augustinus Barbosa collect. ad c. Moyses 32. q. 2., Farinacius in praxi tom. 5. q. 122. p. 5. nu. 98., Stephanus Gratianus discept. for. tom. 1. c. 72. n. 17., Ioannes Angelus Bossius tract. de effect. matrimonij c. 9. nu. 69., & seqq.* propriè dicitur fieri homicidium, prout etiam expressè habetur *in c. consuluisti 2. q. 5.*; ex quibus rectè arguitur, quod verè sit homo, cum homicidium nihil

aliud

Rationes suadentes viuere vita propria.

aliud sit, quem cæsio hominis; & cum ex communi totius Ecclesiæ consensu teneatur, quod animæ fætuū animatorum decedentiū in vtero matris descendant ad limbum, manifestè conijcitur, eosdem fætus in vtero existentes non viuere anima matris, sed propria, quod fortius colligitur ex Constit. Sixti V. edita anno 1588., quæ incipit *Effrenatam*, in cuius proemio profitetur se velle consulere saluti animarum fætuum, quod incongruè diceret, si animas proprias in eisdem fætibus formatis etiam ante natiuitatem non agnosceret. Adde primo, quod inanis esset distinctio, qua DD. tam Canonistæ, quàm Theologi, & iuris ciuilis interpretes tàm in ordine ad pænas, quàm ad alia procedunt diuersimode in ordine ad abortum fætus animati, & fætus inanimis, si fætus quousque existeret in vtero matris non gauderet propria anima distincta ab illa Matris. Adde secundo declarationem Innocentij XI., qua die 2. Martij 1679. damnauit hanc propositionem *Videtur probabile, quandiu in vtero est, carere anima rationali, & tunc primum incipere eam habere, cum paritur*.

15 Fætus in vtero Matris existens potest dici pupillus, & quomodo.

Dico secundo, quod, quamuis secundum communem loquendi vsum fætus animatus in vtero existens non dicatur pupillus, secundum tamen rei veritatem possit dici talis; nec in rigore standum esse communi acceptioni, vtpotè quæ fundatur in falso supposito, quod scilicet quousque fuerit in vtero materno non sit, nisi quædam portio, seu intestinum Matris, quod falsum esse ostendimus. Nec aliquid negotij facescere posse videtur id, quod subditur, quod scilicet, vt dicatur pupillus necesse habeat vt fuerit sub potestate Patris, & ab eadem desijerit, vt colligi videtur *ex l. non est pupillus, & l. pupillus ff. de verb. signif.* Non, inquam, aliquid negotij facescere posse videtur, quandoquidem dictum illud procedit, secundum quod communiter contingit, non secundum id, quod secundum suam quidditatiuam rationem inuoluit ratio pupilli.

16 Potest dici, quod sit sub potestate Patris, & quomodo.

Deinde non videtur absolutè verum, quod fætus in vtero matris existens non fuerit sub potestate Patris, cum titulo generationis ius in illum acquisierit, licet huiusmodi potestatem in actu secundo non possit exercere, antequam fætus lucem accipiat, seu ortus fuerit. Dico tertio, viuente Patre non posse ventri prægnanti, seu fætui in vtero existenti constitui tutorem; deducitur ex generali regula supra posita, secundum quam habenti Patrem tutor dari non potest per textum *Instit. de tutel. in princip.*

17 Patre viuente nō potest ventri prægnāti tutor cōstitui.

Dico quarto, per Patrem in testamento in ijs, quæ pertinent ad ipsius commodum, posse fætui in vtero existenti, seu filio posthumo constitui tutorem; hoc expressè habetur *in §. cum autem Instit. de tutelis* Ibi *Cum autem in compluribus alijs causis posthumi pro iam natis habeantur, & in hac causa placuit non minus posthumis, quam iam natis testamento tutores dari posse, dummodo in ea causa sint, vt si viuis parentibus nascerentur, sui hæredes, & in eorum potestate fierent*, vbi *Glosa in verb. in compluribus*, explicat quoties de commodo eorum agitur; hic autem tutor sic à Patre in testamento constitutus vices quodamodo geret Patris in eiusdem ventris prægnantis custodia, & defensione, & substantias curabit, suaq; munera complebit statim, ac infans ortus fuerit *l. 1. §. tandiu ff. de ventre in pos. mit.*, *Angelus in §. cum autem Instit. de tutel.*

18 Pater potest filio posthumo testamento dare tutorem.

Quod, si diximus *tom. 9. sub tit. Contractus 15. de matrimon. 8, prænot. 2. num. 3.*, quod, is, qui nondum natus est, non sit persona, nec homo in eo sensu, vt ei tutor dari non possit, hoc ex aliorum mente ibi allegatorum recitauimus non absolutè loquendo, sed restringendo eorum mentem, quatenus ad summum in eo sensu verificetur, quod tamen non affirmauimus ex mente nostra. Hæc dixi sistendo in rationibus; cæterum attento communi scribentium consensu, & iuribus videtur sistendum in eo, quod ventri prægnanti solum curator detur.

Iuxta cōmunem tamen DD. consensum solum curator potest ventri prægnāti dari.

19 Patre deportato eius filio potest tutor constitui.

In ordine ad secundum, probabilius sentio, Patre deportato eiusdem pupillo posse assignari tutorem. *Montanus de tut., & Curat. c. 3. nu. 51., & seqq.*, cum pæna deportationis inter capitales numeretur *Paulus in l. 2. ff. de publ. iud.*, & deportati mortuorum loco habentur *§. cum autem Instit. Quib. mod. ius patr. pot. sol.*, *Vulpianus in l. 1. §. qui habebat ff. de bon. pos. cont. tab.*, *& in l. verum §. societas ff. pro socio*.

20 Filijs adoptiuis transeuntibus in potestatem adoptantis nequit tutor dari.

In ordine ad tertium probabilius sentio in ijs omnibus casibus, in quibus adoptiui transeunt in potestatem adoptantis, non posse eisdem tutorem constitui ex vulgata regula, quod sint subiecti, & non caput liberum, secus in ijs, in quibus non subduntur potestati adoptantis, prout notat *Ascanius Clem. in tract. de patr. potest. c. 5.*, *& scribentes in §. sed hodie Instit. de adopt.*, *& in l. penult. C. eod. tit.* Quinam autem sint adoptiui, qui non transeunt in potestatem adoptantis, recolendum est ex ijs, quæ nos docuimus *tom. 6. sub tit. Contractus XV. de matrim. 2. prænot. 10. sect. 5.*

Dicitur *ad tuendum eum*, quod importat

tat

tat præcipuum onus, quod assumunt tutores in susceptione tutelæ, quod est tueri infantes, & pupillos propriæ curæ commendatos, vndè dicuntur tutores, & defensores, per textum *in l. 1. ff. de minor. l. 1. ff. de tutel. Pract. Ferrariensis in forma libelli, quo agitur ad reddendam rationem tutelæ vers. snos tutores in princip.*, ex quo patet, quam enormiter errarint, qui desumpta ethimologia *ex Alberico de Rosat. in suo dictionario versic. tutores*, dixerunt tutores dici quasi tollitores, eo quod plerumque bona pupillorum auferant. Verum hoc, si quandoque euenerit, seu eueniat, non est ex munere eiusdem tutelæ, sed ex priuata tutorum iniquitate, qui à debito proprij officij deficientes custodiam, ad quam sunt destinati, in clandestinam vertunt, & iniquam vsurpationem;

21 Tutores dicuntur à tuendo, non à tollendo.

22 Dantur principaliter personæ, & non nisi secundario rebus.

Notanda est etiam illa particula *eum*, dum dicitur ad eum tuendum, quæ indicat tutorem specialitèr, & primariò deputari ad personam pupilli, & non nisi minus principalitèr, & secundario ad eiusdem substantias, seu bona, *Glosa in §. 1. verb. Data Instit. de tutelis, & in §. ad certum verb. persona Instit. Qui testam. tut., Marianus Socinus cons. 97. n. 6. lib. 1., Alexander cons. 44. n. 15. lib. 5.* ad diferentiam curatoris, qui principaliter datur pro rebus, de qua re infrà latius.

Dicitur, *qui se per ætatem defendere nequit*, pro cuius particulæ, seu clausulæ intelligentia, noto in primis, quod, quantumuis nomine ætatis simplicitèr, & indefinitè veniat in iure certa, & determinata ætas, hæc tamen in præsenti hypothesi non sit intelligenda in illa acceptione, quæ sumitur indefinitè à iure, sed secundum subiectam materiam. Noto deindè, quod ætates hominum à varijs variè distinguuntur; Alij tres tantum ætates constituerunt, ita vt prima statueretur ab origine vsq; ad 17. annum exclusiuè, quæ pueritia diceretur; secunda à decimoseptimo anno vsq; ad 46., quæ iuuentus appellabatur; tertia ab anno 46. vsque ad finem, & appellabatur senectus; Hos gradus constituit Seruius Tullius Romanorum Rex teste *Aulo Gallio lib. 1. noctium attic. c. 28.* Alij quatuor ætates, seu quatuor ætatum gradus statuerunt, atque huius diuisionis auctor Phytagoras fuisse dicitur, quem postea secuti sunt *Accursius in glos. 2. l. hæreditatum ff. ad l. Falcid., Zasius in l. quidam consulebant n. 8. ff. de re iud.* Hi asserebant, quod prima ætas pueritiæ protraheretur ad annum decimumsextum, adolescentia à decimosexto protraheretur vsq; ad 27.,

23 Quomodo ætates hominum distinguantur.

virilitas à vigesimo septimo extenderetur ad quinquagesimum secundum, postquam inciperet immediatè vltima ætas senectutis. Alij ætates quinque constituerunt, quas hoc ordine distribuebant, vt vnaquæq; excepta vltima per quindecim annos perduraret, prima scilicet, quam pueritiam appellabat vsque ad decimumquintum annum, adolescentia, vsque ad trigesimum; iuuentus vsq; ad quadragesimum quintum, senectus prima vsq; ad sexagesimū, senectus quodamodo secunda vsque ad finem vitæ, atque huius diuisionis author asseritur Marcus Terentius Varro. Alij septem ætates constituerunt, nempè infantiam, pueritiam, adolescentiam, iuuentutem, virilitatem, senectutem, decrepitatem; atq; huius partitionis auctorem asserunt fuisse Hypocratem facile Medicorum Principem, quem postea secuta est innumera DD. turba. Hæc eruditionis causa retuli, cum parum conferre possint ad præsens institutum. Id, quod pertinet ad hunc locum, est, quod, dum in definitione tutelæ dicitur, *Qui se per ætatem defendere nequit*, hoc intelligendum sit de pupillari ætate, quæ secundum se videtur incapax consilj in ordine ad se tuendum; Ætas autem pupillaris à natiuitate incipit, & protrahitur vsq; ad 14. annum, in quo terminatur per textum *in l. ait Diuus ff. de iure Fisci l. si testamento C. de impub.* Huius ætatis pupillaris tres gradus distinguit *Theophilus in §. pupillus Instit. de inutil. stipul.*, quorum primus dicitur infantia, hoc est non ita apta fari, & incipit à natiuitate, & protrahitur vsque ad septimum annum, siuè in masculo, siue in fæmina, *l. si infanti ff. de iure delib.*, atque in hoc consentiunt *Carrasius in l. etiam infantem ff. de adopt., & in l. precibus n. 26. ff. de impub., & alijs substit., Coaruuias in Epit. de sponsal. part. 1. c. 2. nu. 2., Menochius de arbitr. Iud. lib. 2. centur. 1. cas. 57. nu. 7., & seqq.*; secundus dicitur proximus infantiæ, in cuius explicatione non conueniunt inter se DD. Zasius *in suo tract. de Iudæis q. 2. in princip.*, asserit, illum dici proximum infantiæ, qui per bimestre tantum excessit septimum suæ ætatis annum, pro quo allegat nonnullos, tàm Legistas, quàm Canonistas. Sed alij communius asserunt illos dici proximos infantiæ, qui habent annum decimum cum dimidio, atque huius sententiæ sunt *Accursius in §. pupillus Instit. de inutil. stipul., Bartolus in l. 1. in fin. ff. de Nouat., Franciscus Hotoman. lib. de verb. signif. verb. proximus*; atque hos *Zasius in l. possessio §. adipiscimur ff. de*

24 Ætas pupillaris incipit à natiuitate, & protrahitur vsq; ad annum 14.

25 Tres gradus huius ætatis distinguuntur

acq.,

Acq., vel amit. pos. appellat infantes secundi generis; tertius gradus dicitur pueritia, & iuxta hanc secundam sententiam incipit ab anno decimo cum dimidio, & protrahitur vsque ad decimum quartum, in quo definit ætas pupillaris. Hos gradus in prima ætate distinguunt DD. in ordine ad diuersa munera, quæ possunt, vel non possunt intra eosdem præstare constituti in tali ætate; nam plura possunt in secundo gradu, quæ non possunt in primo, plura in tertio, quæ nequeunt in secundo, de quibus latè *Montanus de tut., & curat. c. 5. à n. 14. ad finem.*

26 Tutores dantur vsque ad annum 14.

Restringendo iam huc vsque dicta ad ea, quæ pertinent ad rem præsentem dicimus, tutores dari ad defendendos pueros vsque ad decimum quartum annum, quo tempore durat ætas pupillaris iuxta munera, quæ in vnoquoque gradu illius ætatis contingere possunt, seruata semper proportione iuxta eosdem gradus, de qua re plura infra.

Tutela videtur inducta de iure ciuili.

Dicitur tandem *iure ciuili data, atque permissa*, per quas particulas vult *Glosa in §. est autem in verb. iure ciuili Instit. de tutelis*, tutelas inductas esse de iure ciuili, de qua re nos infra latius disseremus, & rem medullitùs inuestigabimus; per ly autem *data, vel permissa* intelligit *Glosa ibidem verb. data* a lege scilicet, vel a Iudice, & permissa à testatore, vel data quoad personam, & permissa quoad bona, principaliter scilicet quoad illam, non nisi secundario quoad ista.

Ex huc vsque dictis circa definitionem tutelæ elucent omnia causarum genera, quæ concurrunt ad legitimam tutelam constituendam; efficiens scilicet remota, quæ est, vel lex, vel Iudex, vel testator, quorum auctoritate constituendus est tutor, & proxima, quæ est ipse tutor constitutus, qui pupillū, eiusque bona debet tueri; causa item materialis primaria, quæ est persona, & secundaria, nempè bona pupilli; formalis item, quæ est consensus constituentium, & modus, quo constituitur; finalis denique, quæ est conseruatio, seu indemnitas pupilli.

PRÆNOTIO II.

Quonam iure introducta fuerit tutela.

SVMMARIVM.

Discrepantia inter textum in §. est autem Instit. de tutel., *& textum* in §. fin. Instit. de Attil. tut. *exponitur.* 1.

Tutelare munus ante leges ciuiles, & Romanorum extitisse probatur. 2.

Tutela quoad substantiam, & quoad sua iura primaua est de iure gentium, quoad formam, & solemnitates de iure ciuili. 3.

Soluuntur rationes suadentes esse simpliciter de iure ciuili. 4.

VNiuersam hanc difficultatem ingerit textus *in d. §. est autem Instit. de tutel., & in l. 1. ff. eod.*, vbi dicitur, quod vis, & potestas ad tuendum &c. *de iure ciuili sit data, atque permissa*; ex quibus verbis *Glosa ibidem in verb. iure ciuili*, deducit tutelam originem traxisse à iure ciuili, quod etiam repetit *in §. ius autem Instit. de iure naturali, gentium, & ciuili in expositione casus, & in verb. ius ciuile in 6. dicto*, vbi asserit, esse de iure ciuili, quando aliquid additur iuri gentium, & signanter exemplificat in tutela, quam dicit originalitèr inuentam à iure ciuili. Quia tamen *in §. fin. Instit. de Attilian. tut.* dicitur, quod impuberes esse in tutela iuri naturali conueniens est, vt is, qui perfectæ ætatis non est, alterius tutela regatur, magis ardua redditur resolutio, cum hic textus videatur præcedenti ex diametro repugnare; si enim conueniens est iuri naturali, ex eodem descendere tutela censenda est, sicque originaliter non est à iure ciuili, vt indigitabat *Glosa loc. cit.* 1 Exponuntur textus difficultatem ingerentes.

Vt rem, seu resolutionem sua ab origine deducamus, antiquiora tempora ex antiquioribus documentis sunt recolenda, & antequam Romanorum leges, quibus vtimur, ortum habuerint. Narrat primo Plutarchus in vita Licurgi eundem Licurgum Regnum Lacedemoniorum per annos 18. tutorio nomine administrasse, donec Charillus filius fratris eiusdem posthumus ad legitimam ætatem perueniret, hocque contigit annis ferè 140. ante vrbem conditam. Recenset secundo *Aulus Gallius lib. 17. c. 21.*, quod Solon vnus est septem sapientibus, qui floruit tempore Tarquinij Prisci hanc legem condiderit, *Quod tutores pupillorum essent proximi consanguinei, non tamen illi, ad quos post mortem pupilli bona redundarent, ne qua fraus, neue quis dolus compositus pupillis exitio forent*, ex quo deducitur ante Romanorum leges tutelare munus extitisse. Refert tertio *Diodorus lib. 12.* Charondam Turriorum legislatorem, qui multis annis ante decem viros floruit, legem statuisse, qua sancitum fuerat, vt tutela ita diuideretur, vt agnatis proximis bonorum cura, cognatis vero pupillorum educatio committeretur. Refert item 2 Tutelare munus ante Romanorū leges extitit.

Alexan-

Alexander Neapolitanus Genial. dier. lib. 6. c. 5. Platonem leges plurimas constituisse concernentes gubernium, & tutelam pupillorum, quarum legum etiam meminit *Montanus de tut., & Curat. c. 6. n. 13.*, & alia plurima per Doctores recensentur, quæ manifestè indicant, ante leges ciuiles ius tutelare viguisse; ex quibus videtur congrue deduci, originem tutelarem non ex iure ciuili, sed ex naturali, & gentium effluxisse, quod etiam videtur agnouisse *Iustinianus in §., & non ineleganter Instit. de iur. nat. gent., & ciuili.*

3 Tutela quoad substantiam est de iure gentium, quoad formam, & solemnitates de iure ciuili.

ASSERTIO. Tutela quoad substantiam, & quoad primaria sua iura inducta est de iure gentium, quoad formam verò, & solemnium adductionem de iure ciuili *Montanus de tut., & Curat. c. 5. n. 19., Ioannes Gutierez de tutel., & cur. c. 1. n. 17., Caldas Pereira in l. si curatorem habens in prima parte nu. 8. C. de in integr. restit. min., Othomanus in §. fin. instit. de Attilian. tut.*, & quoad primam partem videtur colligi *ex l. 1. ff. de minor.*, vbi dicitur, quod Prætor naturalem æquitatem secutus susceperit tutelam minorum, & opitulatus fuerit fragili, infirmoque huius ætatis consilio, quod multorum insidijs, & captionibus est expositum.

Rationes suadentes quoad substantiam esse de iure gentium.

Ratio primæ partis ex eo deducitur, quia valde congruit naturali iuri, & æquitati, ne pupilli in tuitione personæ, rerumque suarum congruis, & opportunis destituantur auxilijs, cum natura ipsa dictet imbecilliores ætate, & consilio belluonum insidijs non esse abijciendos, & miseratione ducti hostes ipsi consuluut pupillis, non nocent, & commune Reipublicæ bonum exigat, vt pupilli ab insidijs, & captionibus, quibus sunt expositi, tueantur; propter quod iura supra allegata cognouerunt esse de iure, & æquitate naturali huiusmodi tutelas, & tutores constituere. Confirmatur, quia de iure naturæ tenetur Pater, & in eiusdem subsidium parentes proximiores alere filios, qui aliter nequeunt sibi, rebusque suis consulere per ea, quæ commendauimus *vol. 9. sub tit. Contractus 15. de matrimon. 9. prænot. 9.*, ergo etiam deficiente Patre relictis filijs in pupillari ætate tenebuntur parentes, & consanguinei proximiores eorum curam suscipere, & ipsos, eorumque bona tueri, & conseruare. Consequentia probatur, quia non minus ad ius naturæ videtur pertinere filios in necessitate constitutos alere, quam eos debitis subsidijs destitutos tueri, & defendere. Confirmatur secundo, quia independenter à quocunque iure ciuili positiuo etiam Etnici agnouerunt hanc necessitatem tuendi personam pupillorum, eorumq; substantias per ea, quæ prænotauimus, ergo, quia hoc inditum est ab ipsa natura, & omnibus indefinitè inditum, quod arguit hoc ius prouenire à iure gentium, quod commune est omnibus.

Rationes suadentes quoad formam esse de iure ciuili.

Secunda pars ex eo deducitur, quia, quod natura omnibus indiferentèr indidit, hoc legislatores varijs iuribus communierunt, clarius explicarunt, dilatarunt, alios obligarunt, excluserunt alios, iura addiderunt &c. per quod non tollitur ius naturale, nec gentium, nam quoties actibus iuris gentium, & naturalis aliquid ius ciuile addit, eorum causam, & originem non mutat.

4 Soluuntur rationes suadentes esse simplicitèr de iure ciuili.

Ex quibus omnibus poteris respondere ad ea, quæ desumpta *ex §. est autem Instit. de tutel., & l. 1. ff. eod. tit.* obijciebantur; Dicere etenim poteris, quod in allegatis textibus tutela dicatur esse de iure ciuili, quatenus iura ciuilia præscripserunt determinatam formam, & solemnitates ad hoc requisitas iuxta modum supra explicatum in probatione secundæ partis, quod sufficit, vt dicatur esse de iure ciuili, prout notat *Vulpianus in l. ius ciuile ff. de iust. & iure, & alij satis communitèr.*

PRÆNOTIO III.

An tutela sit contractus honorificus, an onerosus, an bonæ fidei, an stricti iuris.

SVMMARIVM.

Fauorabile, & honorificum non dicuntur ad conuertentiam. 1.

Rationes suadentes tutelam esse munus honorificum. 2.

Rationes suadentes esse potius onus, quam honorem. 3.

Rationes pro vtraque parte, an tutela sit fauorabilis, an odiosa. 4.

Tutela, si excipias honorariam, est secundum quid honor, simpliciter onus. 5.

Tutela est munus auctoritate publicum, vtilitate tamen priuatum. 6.

In quo sensu tutela dicatur munus honorificum. 7.

Soluuntur rationes contrariæ. 8.

Tutela secundum finem, ad quem ordinatur, est pupillo fauorabilis, tutori odiosa. 9.

In ijs, in quibus fauor pupillorum non est separabilis ab onere tutorum, latior facienda est interpretatio. 10.

Tutor datus à Patre in testamento filijs extenditur etiam ad posthumos. 11.

Tutor

Tutor datus à Patre pro filijs extenditur etiam ad filias. 12.

Tutor datus à Patre pro filio extenditur ad omnes filios. 13.

Tutor datus simpliciter in testamento intelligitur datus ad omnia bona, & ad omnes accessiones. 14.

Tutor datus pro liberis extenditur etiam ad Nepotes. 15.

Contractus tutelæ est contractus bonæ fidei, & admittit interpretationem. 16.

Est contractus nominatus, & tribuit actionem ex proprio nomine. 17.

QVoad primam tituli partem hoc animaduertendum est, aliud esse contractum esse honorificum, prout hic sumitur, quatenus contradistinguitur ab esse oneroso, aliud esse fauorabilem, quandoquidem contractus potest esse fauorabilis, quantumuis sit onerosus per ea, quæ considerauimus *in præcedenti volumine sub tit. Contractus XVI. de dote 3. prænot. 4.*, vbi, quamuis dixerimus, lucrum dotis esse quodamodo onerosum, prout etiam sentit *Stephanus Gratianus discept. for. c. 607. num. 4.*, asseruimus tamen, esse fauorabile; vnde iuxta hanc acceptionem fauorabile, &

1 Fauorabile, & honorificum non dicuntur ad conuertentiam.

honorificum non dicuntur ad conuertentiam. Quamuis autem titulum proposuerimus sub ratione honorifici, & onerosi, extendemus tamen ex occasione ad rationem fauorabilis, & odiosi, inquirentes, an sub vna, an sub altera ratione contineatur. Hoc discrimen inter honorificum, & fauorabile cognouisse videtur *Montanus de tut. & curat.* dum *c. 12. ferè per totum* quæsiuit, an sit tutela fauorabilis, & postea *c. 26.* quæsiuit, an sit contractus honorificus, quod inaniter præstitisset, si vnum ab altero non distinxisset.

2 Rationes suadentes tutelam esse munus honorificum.

Incipiendo igitur à primo, prout in titulo proponitur, plerique apud *eundem Montanum d. c. 26. à num. 1. vsque ad 13.* docuerunt tutelam, esse titulum honorificum, & honoris argumentum, quod signanter indicasse videtur *Baldus in l. cum quidem C. de verb. significat*, dum dixit remoueri à tutela esse infame, ex textu *in l. testamento Centurio ff. de manum. testam.* Ibi *Ab honore administrandi remouit*, ergo à contrario sensu tutelam gerere erit honorificum, quod alij ex alijs textibus affirmarunt, & præcipuè *Papinianus lib. 4. respons. in l. qui tutelam in princip. ff. de testamento pupillari*, vbi tutela honor manifestè appellatur, quæ præcipuè verificantur in ordine ad tutelam testamentariam, in qua, qui præficitur, honoratur, quod multis rationibus ex aliorum sensu comprobat *Montanus loc. cit. à num. 3.*

3 Rationes suadentes esse potius onus, quã honorem.

Ex aduerso idem *Montanus ibidem nu. 13.* sustinet esse potius onus, & contrariam sententiam dicit esse erroneam, ad quod multis rationibus mouetur; & primo, quod tutela non sit Reipublicæ munus, sed principaliter priuatum, licet secundum quid possit dici publicum, quatenus ad bonum Reipublicæ pertinet orbos, & pupillos tueri ex Epistola *D. Seueri in l. Diuus ff. qui pet. tut.*; honor autem est administratio Reipublicę cũ dignitatis gradu, siue cum sumptu, siue sine sumptu. Secundo, quia tutela passim *à Vulpiano* appellatur onus graue, & molestum, & præcipuè *in l. 3. & 5. ff. de tutel.*, quod idem repetit *Paulus in l. Nesennius §. fin., & l. amicissimos ff. de excus. tut., & Modestinus in l. si quis duas §. Grammatici ff. eodem.* Tertio ex munere, quod secum affert eadem tutela in onere administrationis, in periculo, in difficultate rationum conficiendarum, & reddendarum. Quarto ex absurdis, quæ ex aduersa opinione orirentur, & primo, quod tutor velut honesta persona ratione officij, & dignitatis non prius posset in carcerem conijci, quam esset conuictus per ea, quæ notat *Aretinus in l. si post accusationem col. fin. de testam.* secundo, quod contra dispositionem iuris non posset excusari à tutela, si pluribus filijs grauaretur, quia numerus liberorum ab honoribus non excusat per textum *in l. 1. C. de his, qui num. liberor. lib. 10.*; tertio data contraria opinione Hæbreus non posset esse tutor, quia non est capax honoris, nec dignitatis *Zasius in rub. de inst. & iur. num. 4., & seqq.* Quid iam sentiendum? infra subdam.

4 Rationes pro vtraque parte, an tutela sit fauorabilis, an odiosa.

Prosequendo postea, an tutela sit fauorabilis, an verò odiosa, & sic amplianda, an verò restringenda? Considero, quod eadem tutela potest considerari dupliciter, actiuè scilicet, prout se tenet ex parte tutoris, & passiuè, prout se tenet ex parte pupilli, qui eidem tutori subditur; & quidèm, si consideretur ex parte pupilli, indubitati iuris videtur, quod non sit onerosa, sed fauorabilis, prout colligi videtur ex ipsa definitione, cum detur in ordine ad ipsum tuendum; atque iuxta hunc sensum procedunt *Castrensis, & Alexander in l. si quis ita §. si quis ignoraret ff. de testam. tut. Glosa in l. vnica C. de in ius vocand. per textum in l. si hac §. fin., & l. quæsitum ff. eod. tit.*; si verò consideretur ex parte tutoris, ex vna parte videtur odiosa, cum respectu eiusdem importet grauamen, onus, & molestiam, prout considerat

Paulus in l. Nesennius §. fin., & in l. amicissimos ff. de excus. tut., Modestinus in l. si quis duas §. Grammatici ff. eod., Nerantius in l. cuius bonis ff. de curator. furiof., textus in §. tria onera Instit. de excusat. tut.; ex alia parte, cum ex eo, quod sit onerosum, non benè inferatur, esse odiosum, & restringendum, quandoquidem etiam docuimus lucrum ex dote prouenire ex causa onerosa, & tamen esse fauorabile, non videtur ex hoc euinci, quod est onerosum, esse etiam odiosum; Adde, quod, quamuis tutor subeat onus in administratione tutelæ, consequitur tamen lucrum mercedis, seu salarij vt infra. Quid iam sentiendum? subdam infra.

Quoad secundam tituli partem recolenda sunt ea, quæ alibi dicta sunt de contractibus bonæ fidei, & stricti iuris in genere, & hic seruata proportione applicanda. Iam ad resolutiones circa prædicta accedimus.

5 Tutela est secundũ quid honor, simpliciter onus.

ASSERTIO I. Tutela, si excipias honorariam, de qua infra, est secundum quid honor, simpliciter autem onus. In hoc consentire videntur *Montanus de tut. & curat. c. 26. num. 13. & seqq., Marianus Socinus cons. 100. num. 30. lib. 3., & in repet. l. cum filio familias num. 41. ff. de legat., & alij apud eosdem.*

Procedit de honore propriè sumpto.

Pro cuius assertionis clariori intelligentia aduerto, honorem secundum suam latam significationem posse sumi dupliciter, propriè scilicet, prout importat honorem publicum consistentem in administratione Reipublicæ cum gradu dignitatis, siue cum sumptu, siue sine eodem iuxta textum *in l. honor ff. de muner. & honor.*, vel impropriè, seu secundũ quid, quatenus aliqui præ cæteris eligantur vel a lege, vel a testatoribus ad administrationem pupillorum, & eorum substantiæ, quo in sensu dicuntur per eosdem testatores quodamodo in honore haberi, quatenus alijs eosdem præficiunt. Procedit assertio iuxta primum sensum, quæ sic

6 Tutela est munus auctoritate publicũ, vtilitate tamen priuatũ.

Probatur, quia, quamuis tutela sit munus auctoritate publicum, est tamen vtilitate omninò priuatum *Angelus in §. 1. num. 5. Instit. de excus. tut., & ibi Accursius in glos. verb. publicum munus, & in l. si hæreditas §. seruus in fin. ff. de testam. tut., Bartolus in l. si filius ff. de tutel.*; honor autem propriè sumptus inuoluit munus publicum tam quoad auctoritatem, quam quoad vtilitatem cum dignitatis gradu per ea, quæ dicta sunt ex textu *in l. honor ff. de muner. & honor.*, ergo &c. Confirmatur, quia subiectum honoris considerari potest, vel ratione personæ, vel ratione dignitatis, qua afficitur; tutor autem, si est dignus honore ratione excellentiæ propriæ personalis, non est talis ratione tutelæ, ratione autem personæ tutoris, qua fungitur, non acquirit aliquam publicam dignitatem, cum tutela propriè dignitas non sit. Confirmatur secundo, quia tutori non debetur plusquam debeatur ei, in cuius locum succedit, seu cuius vices gerit, nempe Patri, sed Patri, qua Pater est, non competit ratio dignitatis propriè sumptæ, ratione cuius debeatur honor publicus, ergo &c. Confirmatur tertio, quia tutor ex primæua sua institutione ordinatur potius ad onera, nempe ad custodiam pupilli, & administrationem bonorum eiusdem, & tenetur rationes reddere, ergo ex primaria sui institutione est potius onerosum, quam honorificum munus.

7 In quo sensu tutela dicatur munus honorificum.

Non negauerim tamen secundum quid, tutelam esse munus honorificum, & quatenus inuoluit quandam superioritatem super pupillos, quibus præficitur, & quatenus inuoluit existimationem bonam in eo, a quo præficitur, & quatenus habet quoddã regimen, & gubernium, quod tamen, cum sit in ordine ad bona, & personam priuatam, non constituit honorem propriè sumptum. Hæc omnia considerasse videtur *etiam Montanus loc. cit. num. 23.*

8 Soluuntur rationes contrariæ.

Ex his, quæ hactenus dicta sunt, facilè possunt deduci solutiones eorum, quæ ex Baldo, & alijs in præcedentibus in contrarium adducebantur ex textu *in l. cum quidem C. de verb. signif., & in l. testamento Centurio ff. de manumis. testam.*, vbi tutela appellatur honor, & reijci à tutela vituperium; Hæc enim omnia intelligenda sunt de quoddam honore secundum quid, & impropriè sumpto modo supra explicato; atque iuxta hanc explicationem solui etiam possunt, quæ subduntur de testamentaria tutela, quæ, si quem honorem affert, non tamen publicum, & propriè sumptum, seu dignitatem, sed solum fidem, diligentiam, integritatem &c.

9 Tutela est pupillo fauorabilis, tutori odiosa.

ASSERTIO II. Tutela secundum se sumpta, & secundum finem, ad quem ordinatur, est pupillo fauorabilis, tutori autem odiosa, & onerosa. Quoad primam partem *Glosa in l. vnica C. de in ius vocando, Alexander cons. 9. num. 2. vers. nec obstat lib. 1., Corneus cons. 132. num. 3. lib. 1., Decius cons. 545. num. 10., Montanus de tut. & curat. c. 12. nu. 1., & c. 26. nu. 66., Castrensis, & Alexander in l. si quis cum ignoraret ff. de testam. tut.* Quoad secundam præter ferè omnes prædictos *Glosa in l. Gallus §. instituens ff. de lib. & posth.*

Prima pars ex eo deducitur, quia pupillus ex illa tutela non consequitur, nisi vtilitatem, & commodum, cum ex definitione tutelæ tutores non dentur, nisi ad tueodos pupillos primario, & secundario eorum substantias, ne insidijs, & dexteritatibus inhiantium ad lucra remaneant expositi, vel expositæ; ex quo manifestè resultat eorum fauor; Quod, si quandoque pupilli subiaceant oneri contribuendi tutoribus salarium ex eorum substantijs, hoc non tollit, quin munus tutelæ eisdem sit maximè fauorabile facta comparatione ad emolumenta, quæ eisdem proueniuot in cooseruatione, & defensione rerum suarum cum modicis illis sumptibus, quos pro salario refunduot.

Commoda, quæ pupillis resultant.

Dixi, *secundum se sumpta, & secundum finem, ad quem ordinatur*; non enim negauerim, quaodoque ex peruersitate tutoris mala plurima miseris pupillis cootingere, de quo continget in sequentibus sermo vberrimus, sed hoc non est ex natura eiusdem tutelæ, sed ex peruersitate tutoris.

Secunda pars deducitur ex ijs omnibus iuribus supra allegatis, quibus respectu tutorum tutela dicitur onus, grauamen, molestia, quæ certè fauorem non inferunt; Neque obesse potest, si dicatur ex grauamine, quod infert tutela, non benè deduci, eam respectu tutoris esse odiosam, quandoquidem, vt in priocipio huius prænotionis innuebam, etiam lucrum dotis respectu mariti est onerosum, seu ex causa onerosa, non tamen eidem est odiosum, sed fauorabile per ea, quæ alibi commendauimus, & præcipuè *in præcedenti volumine sub tit. Contractus XVI. de dote 3. prænot.* 4. Non inquam, obesse potest, quia licet non ex quocunque onere inferatur, dispositicnem non esse fauorabilem, vbi tamen de maiori onere, & grauamine appareat, vt in præsenti hypothesi tutelæ, dubitandum non est, eam esse grauato odiosam, & non fauorabilem, cum onera potius sint obiectum odij, & displicentiæ, quam fauoris, & complacentiæ. Ex quo iura induxerunt, vt si quis tutelam affectauerit, sit reijciendus tanquam suspectus, vt infra latè videbimus, quod non alia ratione inductum arbitror, nisi quia præsumunt, dum affectat, quod non intendat onera, quibus ex genere suo subduntur tutores, sed lucra, quibus inhient tanquam tollitores.

Onera, quæ contingunt tutori ex tutela.

Ex eo autem, quod dixerimus tutelam respectu pupillorum ex genere suo esse fauorabilem, & respectu tutorum odiosam, oritur hic non leuis difficultas, an sit latè interpretanda habito respectu ad fauorem, qui resultat pupillis, an verò strictè habito respectu ad odium, quod resultat eidem tutoribus? Circa hanc difficultatem *Castrensis, & Alexander in l. si quis cum ignoraret ff. de testam. tut.* videntur sentire debere restringi, ne onus tutoribus impositum accipiat incrementum. Alij videntur sic procedere, vt quoad ea, quæ respiciunt grauameo tutoris, tutela sit restringenda, nec exteodenda vltra verba, quibus est concepta, quoad ea verò, quæ respiciunt fauorem pupillorum, sit latè interpretanda, & extendenda. Sed, cum onus tutoris, & pupillorum fauor sibi sint correlatiua, & vnum cum altero connectatur, vix videtur posse fieri distinctio, quin simul cum onere trahatur etiam fauor; & sic semper videtur ambigendum, an ratione oneris in tutore dispositio sit restringenda, an ratione fauoris resultantis erga pupillos extendenda. Alij habito præcipuè respectu ad finem, ad quem ordinatur tutela, qui est vtilitas, & commodum pupillorum, asserunt simplicitèr, tutelam esse latè interpretandam. Quid iam in hac controuersia concludendum? Probabilius arbitror, in ijs, in quibus fauor pupillorum non est separabilis ab onere tutorum, latiorem faciendam esse interpretationem, quia in ijs, quæ ex genere suo sunt in aliorum commodum, & vtilitatem specialitèr in tali dispositione attendendum est tale commodum ex fine legis resultans, cum præcipuè dispositiones specificentur à fine.

10

In ijs, in quibus fauor pupillorum non est separabilis ab onere tutorũ lata facienda est interpretatio.

Ex hac resolutione fas erit deducere primo, quod, si Pater in suo testamento constituerit tutorem filijs, vel filiabus intelligatur vis, & potestas tutoris constituti extendi etiam ad filios posthumos, quandoquidem appellatione filiorum veniunt etiam posthumi per textũ *in §. si quis filiabus Instit. qui testam. tut.*, *Vulpianus in l. si quis filiabus, & l. seq. ff. de testam. tut. l. nomen filiarum ff. de verb. signif.*, & hoc non solum ob rationem, quam adducit *Montanus de tut. & curat. c.12. num.* 8. (qui quamuis sentiat tutelam, vtpotè onerosam tutoribus esse strictè interpretandam, asserit tamen extendi etiam ad filios posthumos) quod scilicet veniant posthumi ex præsumpta voluntate Patris constituentis, vnde hęc protractio ad posthumos perindè se habet, ac si esset io testamento expressa, per textum, quem ita sumat *Bartolus in l. Titius §. Lucius ff. de lib. & posth. Glosa in l. tale pactum §. fin. ff. de pact.*, *Afflictus decis. 141. num.1.*, sed etiam ob eam, quam in asser-

11

Tutor datus à Patre extenditur etiam ad posthumos.

assertione consideranimus, quod scilicet agatur de vtilitate, & fauore pupillorum, adeoque dispositio sit extendenda. Quod, si dicas, quod, si in testamento fuerit relictum legatum filijs, & filiabus, idem legatum non trabatur ad posthumos, seu nasciturros, prout sentiunt *Zasius in l. si quis filiabus ff. de testam. tut.*, *Alexander cons. 29. num. 8. lib. 3.*, *Tiraquel in l. si vnquam verb. filios non habens nu. 2. C. de reuoc. donat.*, adeoque, etiamsi in te-

Soluuntur instantiç oppositæ.

stamento data fuerit tutela pro filijs, seu filiabus, hæc non trahatur ad posthumos, seu nascituros; Statim impugnaberis, quia assumptum non ita verũ est, sicuti per aduersarios in instantia præfertur, quinimmò plurimi docet, quod, si testator non fuerit ignarus veneris, etiam in legatis filiorum appellatione contineantur posthumi *Angelus in §. si quis filiabus Instit. qui testam. tut.*, & *ibi Port. num. 6.*, *Alciatus in d. l. nomen ff. de verb. signif.* Deinde non currit paritas de legato, ac de tutore, quandoquidem in constitutione legati habetur ratio solummodo præsentis affectionis, quæ tantum extenditur ad existentes, & per multiplicationem legatorum nimium hæres grauatur, quod non est præsumendus intendere testator; in constitutione verò tutoris hæ rationes non videntur militare, quia in dispositionibus, quæ fiunt ex officio, seu quasi debito paterno par intelligitur affectio nati, & nasciturí, quia fit ratione filiationis; in dispositione autem voluntaria res ita non se habet.

12 Tutor à Patre datus pro filijs extenditur etiam ad filias.

Secundo fas erit deducere, quod, si Pater in testamento constituerit tutorem pro filijs, constitutio intelligatur etiam extendi ad filias eiusdem, prout latè probat *Montanus de tut. & curat. c. 12. num. 14.* per textum *in l. si quis ita ff. de testam. tut.* non refragante, quod dispositio testamentaria sit concepta in terminis masculini generis, quod non comprehendit fœmininum per textum *in l. iusta interpretatio l. pronuntiatio verb. porrigitur ff. de verbor. signif.* Non, inquam, refragante, quandoquidem illud dictum, quod masculinum non comprehendat fœmininum, fallit in multis, & primo in vltima voluntate, prout affirmane *Alexander cons. 61. num. 2. vers. non obstat lib. 1.*, *Iason cons. 140. lib. 2.* per textum *in l. si quis ita ff. de testam. tut. l. si ita scriptum sit ff. de legat. 2.*; secundo, quando in dispositione filij in plurali numero constituuntur *Costa in c. si Pater de testamentis verb. vtrumque num. 1.*, *Valascus de iure Emphytbeutico q. 41. nu. 3. vers. idem.*; tertio, quando militat eadem ratio affectionis, tàm quoad masculos, quàm ad fæminas per textum *in l. Aurelius §. Titius testamento ff. de liber. leg.* In vniuersum tanquam receptissimam, & frequentem conclusionem asserunt esse, quod appellatione filiorum veniant etiam fæminæ, plurimi, quos recensee *Barbosa de appellat. verb. iuris signif. appelat. 99. num. 48.*

13 Tutor datus à Patre filio extenditur ad omnes eius filios.

Tertio fas erit deducere, quod, si Pater in testamento filio assignauerit tutorem, tutela intelligatur extendi quoad omnes eiusdem filios *Vulpianus lib. 39. ad Sabinum in l. si quis ita ff. de testam. tut.*, *Montanus de tutor. & curat. c. 12. num. 20.*, nam licet attenta proprietate sermonis singularis numerus non contineat pluralem, attenta tamen mente proferentis extenditur etiam ad pluralem, cum eadem sit ratio constituendi tutorem vni, ac alteri. Limitarem tamen in casu, quo inter filios vnicus tantum pupillus existeret cæteris excedentibus ætatem pupillarem, & limites minoritatis, & huic expresso nomine Pater constitueret tutorem; tunc etenim secundum subiectam materiam censendus esset tutor datus illi soli pupillo.

Quarto fas erit deducere, quod, si quis tutorem dederit simplicitèr in testamento, hic intelligatur datus ad omnia bona, & ad quascunque accessiones, si quæ contigerint *Vulpianus in l. quoties §. per contrarium ff. de administ. tut.*, *Montanus loc. cit. num. 10.* propter rationem superius adductam, quod potius fauor pupillorum attendendus sit, quam grauamen tutoris in huiusmodi dispositionibus, præcipuè cum in ordine ad bona eiusdem patrimonij indiuisi tutela quoquo modo possit dici indiuidua.

14 Tutor simpliciter datus in testamento intelligitur datus ad omnia bona, & omnes accessiones.

Hic solum oritur aliqua difficultas, an, si tutor datus fuerit filijs, eius vis, & potestas extendatur etiam ad nepotes. Negat *Montanus d. c. 12. num. 29.*, ea motus ratione, quod appellatione filiorum non contineantur nepotes, sed tantum primi gradus filios ex propria significatione, quod etiam habet locum in materia tutelari per textum *in l. quid si nepotes ff. de testam. tut.*, & *§. fin. Instit. Qui testam. tut.* Limitat tamen in duobus casibus, & primo, quando testator nepotem tractabat vt filium, & ita nominabat, tunc etenim tutor datus filijs extendatur etiam ad Nepotes per ea, quæ docet *Bartolus in l. alimenta ff. de aliment. leg. Zasius cons. 7. circa fin. lib. 1.*, *Romanus in repet. l. si vero §. de viro ff. solut. matrim.*; secundo in casu, quo tutor datus esset sub nomine liberorum, quia latior est liberorum significatio, quam

filio-

filiorum, & comprehendit etiam nepotes, & descendentes *l. liberorum ff. de verb. signif. §. si quis filiabus Instit. Qui testam. tut. l. quid si nepotes ff. de testam. tut.* Alij verò absolutè extendunt sine vlla restrictione dispositionem etiam ad nepotes, quia appellatione filiorum in vltimis voluntatibus fauorabilibus

15 continentur nepotes ex præsumpta voluntate testatoris *Bartolus in l. liberorum ff. de verb. signif., Alexander cons. 1. num. 4. lib. 1., Socinus Iunior cons. 43. num. 8. lib. 4.*, atque ab hac opinione non recederem, cum, eadem affectio præsumatur in Patre, quoad liberos, seu filios, ac quoad nepotes, & per consequens eadem dispositio; nisi obstaret expressus textus *in l. quid, si Nepotes ff. de testam. tut., & §. fin. Instit. Qui testam. tut.*, vbi expressè confirmatur opinio Montani secundum limitationem ab eodem adductam, quod scilicet dispositio extendatur etiam ad nepotes, si fuerit concepta nomine liberorum, secus, si nomine filiorum.

Tutor datus pro liberis extenditur etiam ad nepotes.

16 Assertio III. Contractus tutelæ est contractus bonæ fidei, & admittit interpretationem. In hanc omnes arbitror propendere, & neminem dissentiri, cum hic potissimum bonam fidem exigat.

Contractus tutelæ est bonæ fidei.

Expressè colligitur ex textu *in §. actionum Instit. de act.*, vbi inter cæteros contractus bonæ fidei numeratur tutela, & *Glosa ibid. in verb. tutela* asserit, quod, cum inueniantur tàm actiones directæ, quàm contrariæ, omnes sint bonæ fidei addita ratione, quia fauor est extendendus, quod extendunt etiam ad actionem protutelæ, siue directam, siue contrariam *Bartolus, & Baldus in l. 1. §. pro tutore ff. de eo, qui pro tut.* Hinc in contractu tutelæ poterit Iudex arbitrari, & interpretari, quod secus esset, si esset contractus stricti iuris per textum *in l. quidquid adstringendæ ff. de verb. obligation.*

17 Ex ijs etiam deducitur, quod sit contractus nominatus, ac tribuat actionem ex proprio nomine tàm directam, quàm contrariam, & non solum præscriptis verbis, vt contingit in cæteris contractibus innominatis.

Est contractus nominatus, & tribuit actionem ex proprio nomine.

PRÆNOTIO IV.

Quotuplex sit tutela?

SVMMARIVM.

Principalis diuisio est in testamentariam, legitimam, & datiuam. 1.
Testamentaria est, quæ constituitur à parentibus in testamento, vel in codicillis testamento confirmatis. 2.
Constituta in codicillis non confirmatis testamento indiget secundum aliquos Iudicis confirmatione, non sic secundum alios. 3.
Quatuor differentiæ tutorum testamentariorum. 4.
Legitima tutela est, quæ à lege inducitur, & respicit consanguineos. 5.
Alia est legitima agnatorum, alia legitima patronorum. 6.
Pater emancipans filium suum impuberem remanet illius tutor. 7.
Datiua est, quæ datur à Iudice, vel à Magistratu. 8.
Existentibus tutoribus testamentarijs, vel legitimis non est locus datiuis, nisi existente impedimento temporali in illis. 9.
Tutela Matris, & Auiæ non est simpliciter legitima, sed anamola. 10.
In quibus discrepet à legitima. 11.
Honoraria tutela est, quæ datur potius ad obseruandum, quam administrandum. 12.
Tutor honorarius non potest conueniri, nisi excussis ijs, qui administrarunt. 13.
Tutor honorarius à testatore liberatus à reddendis rationibus ad nihil tenetur. 14.
Excipe in dolosè commissis. 15.
Tutela fiduciaria, quæ mortuo Patre competit eius filijs maioribus in ordine ad fratres pupillos. 16.
Explicantur tutela Attiliana, Iuliana, Cassilia &c. 17.

1 Discussa natura, & quidditate tutelæ aggredimur iam examinare eiusdem diuisiones, & singula earum membra. Celebris, & præcipua est diuisio in testamentariam, legitimam, & datiuam, in cuius explicatione per singulas partes in præsenti præcipuè insistemus, postea alias nonnullas diuisiones non ità præcipuas subdemus ad plenam cognitionem eorum, quæ in vniuerso hoc tractatu examinabuntur.

Alia testamentaria, alia legitima, alia datiua.

2 Testamentaria est, quæ constituitur per Parentes liberis suis impuberibus, quos habent in sua potestate, in testamento *Oinotimus in §. permissum Instit. de tutelis, Montanus de tut. & curat. c. 7. nu. 1. & seqq., Gutierez de tut. part. 1. c. 2. nu. 2. & seqq., Borgninus de tut. n. 1., Balthassar Thomas. tract. de tut. & curat. tit. 2. c. 1. per totum, Petrus de Onnate de contract. tom. 2. tract. 17. disp. 48. sect. 2., Gabalinus de vniuers. negot. tom. 2. lib. 5. c. 11. art. 1.* Dicitur autem testamentaria, quia in testamento datur, & ideo requirit testamentum, vel saltem codicillos in testamento confirmatos *Sabellius in summa diuers. tract. in verbo tutela num. 4., Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 6.*, & alij magis communiter. Sed vtrum possit

Quænam sit testamentaria tutela.

fit

sit tutor constitui in codicillis ab intestato, quatenus scilicet non fuerint in testamento confirmati, non ita res certa est. Sabellius loco mox citato videtur sentire mero iure non tenere, sed indigere Iudicis confirmatione, sicuti etiam si testamentum viribus non subsistat, vnde subdit, quod tutor rectè datus in testamento statim, quod scit, si cessat administrare, suo periculo cessat, si autem indigeat Iudicis confirmatione, antequam confirmetur, nullum periculum subeat. Montanus *de tut. & curat. c. 10. n. 19.*, *Gutierez eod. tit. c. 6. per totum*, cum alijs pluribus ab eisdem allegatis sentiunt tutorem in codicillis etiam non testamento confirmatis subsistere, indigere tamen Iudicis confirmatione, quæ tamen denegari non potest, cum Iudex teneatur sequi voluntatem Patris in illis codicillis expositam; quæ sententia, si rectè perpendatur, non differt à prima, nisi fortè, quatenus hæc ponit necessitatem in Iudice confirmandi tutorem à Patre in codicillo exhibitum; Sed huiusmodi tutores in codicillis institutos subsistere, etiam si non fuerint testamento confirmati asserit *Caldas Pereira Lusitanus in repet. textus in l. si tutorem habens in vers. sine curatore constitutus nu. 60. C. de in integ. restit. min.*, *& Silvester in comment. ad §. permissum 16. Instit. de tutel.*, quod non improbabile arbitror, dummodo tamen non constet de retractatione voluntatis eiusdem codicillantis, quod etiam sustinuit *Oldradus cons. 138. num. 7. Incip. existimauerit*; quod in fortioribus terminis sustinetur stante consuetudine modernorum codicillantium, qui solent apponere illas clausulas. *Quod, si non valet iure Codicillorum, valeat iure cuiuslibet alterius vltimæ voluntatis.*

3 Constituta in codicillis non confirmatis testamēto secundum aliquis indiget cōfirmatione.

Secundū alios tenet talis constitutio.

Huiusmodi testamentarij tutores sunt quodamodo in quadruplici differentia; alij etenim sont indefinitè ad res omnes, siue existentes in eodem territorio, siue in alio, siue præsentes, siue futuras, & tunc est, quando indefinitè constituuntur sine vlla restrictione, hocque habetur *in §. datus Instit. de excus. tut.*; alij, qui sunt destinati ad certas res in certo loco existentes, & hoc potissimum contingit, quando pupillus habet pingue patrimonium in locis dissitis; alij sunt, qui præ cæteris vocatis ad tutelam specialiter eliguntur ad administrationem, alijs remanentibus dumtaxat tanquam tutoribus honorarijs, de quibus infra. Alij tandem, qui tanquam assistentes, & honorarij destinantur, vt mox innuebam, & de quibus infra.

4 Quatuor differentiæ tutorum testamentariorū.

Legitima est, quæ à lege inducitur in fauorem pupillorum non extantibus tutoribus testamentarijs; quando etenim non adsunt tutores ex testamento relicti, adsunt tamen consanguinei, tunc iure statuitur, vt, qui proximior consanguineus est pupillo, ille tutor habeatur; atque hæc tutela defertur ad instar hæreditatis ab intestato, ita vt si plures sint in eodem gradu siue agnati, siue cognati, ad quos spectaret successio, eodem modo ad illos spectet onus tutelæ, dummodo sint capaces, idest maiores 25. annis, & masculi (excepta Matre, & Auia, de quibus infra). Hæc tutela legitima duplex quodamodo est in ordine ad diuersas personas, pro quibus datur; alia etenim est legitima agnatorum, alia patronorum. Prima est, qua deficiente Patre non constituto filijs impuberibus testamentario tutore agnati proximiores succedunt in tutela eorundem impuberum. Ad hoc genus tutelæ reducitur illa, qua Pater emancipans filium suum impuberem debet esse illius tutor, vt habetur *in princip. Instit. de legit. parent. tut.*, & docet *Ioannes Gutierez de tut. & curat. c. 13. num. 5.*; hoc tamen limitandum est in casu, quo Pater emāciparet filium impuberem ad instantiam Matris, quę, cum suspecta haberet fidem eiusdem Patris, qui est respectiuè suus maritus, & vellet hæredem constituere filium, induxit Patrem ad eundem filium emancipandum, tunc etenim Pater non esset legitimus tutor eiusdem filij per textum *in l. filijs Matrem C. de inoffic. testam.*, *& ibi Baldus n. 5.*, *Gutierez loc. cit. num. 7.* Secunda est, qua Patronus, seu eius liberi constituuntur tutores libertorum, seu libertarum *Oinotimus Instit. de legit. agnat. tut. cum quatuor titulis subsequentibus*, *Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 13.*, *Galganet. eod. tract. lib. 1. tit. 4.*, *Balthassar Thomasius de tut. & curat. tit. 12. c. 1. & 2.*; vnde dominus manumittens seruum suum impuberem fit eiusdem tutor *Gutierez loc. cit. n. 1. & 2.* De tutela legitima agnatorum habetur expresè in leg. duodecim tabularum; de tutela verò legitima patronorum non habetur expresè, sed per interpretationem vniuersaliter receptam. De legitima tutela in vniuersum latè infra habebitur sermo.

5 Legitima tutela est, quæ à lege inducitur, & respicit consanguineos pupilli.

6 Duplex est, altera agnatorum, altera patronorū.

7 Pater emancipans filiū suum impuberem rēmanet illius tutor legitimus.

Datiua est actus legitimus, per quem non extantibus testamentarijs, neque legitimis tutoribus ad petitionem Matris, vel aliorum proximiorum consanguineorum eiusdem pupilli datur eidem tutor à Iudice, vel à Magistratu per textum *in l. datiuus ff. rem pupilli sal. fore l. generaliter C. de Episcop. & Cleric.*

8 Datiua est, quæ datur à Iudice, vel Magistratu.

l. vlt.

l. vlt. C. de legit. tut. Circa quam datiuam tutelam hoc vnum aduertendum est, quod, quantumuis quandoque contingat à Iudice, vel à Magistratu decerni tutores, non propterea isti dicantur simplicitèr datiui; hoc potissimum intelligeretur euenire, quando ex regionis consuetudine, in qua Pater defunctus est, citari deberent omnes agnati, cognati, affines, & vicini ad nominandum tutorem; tunc etenim, si concurrerent legitimi, vel testamentarij, & contenderent se nominatis omnibus esse præferendos, vtique, si forent idonei, præferri deberent per Iudicem, nec tamen ex eo, quod sentētiam haberent à Iudice, desinerent esse legitimi, vel testamētarij, nec transirent in simpliciter datiuos, prout rectè notant *Bartolus in l. legitimos ff. de legit. tut., Gutierez de tut. & curat. lib. 1. c. 12., Montanus eod. tit. c. 7. num. 54.*; ex quibus sequitur, quod tutori datiuo non possit esse locus, donec adest testamentarius, vel legitimus, nisi illis adesset aliquod impedimentum temporale, quo cessante cessat datiuus tutor; quando autem impedimētum esset perpetuum, aperietur via proximiori in gradu adinstar successionis *Gratianus discept. for. c. 63. per totum, Montanus de tut. c. 13. & 14. per totum.*

9 Concurrentibus testamētarijs, vel legitimis non est locus datiuæ tutelæ, nisi extante in primis impedimento temporali.

Præter assignatas tutelæ diuisiones aliqui enumerant tanquam speciem distinctam tutelam, quæ competit Matri, & Auiæ, quam dicunt nec esse simplicitèr legitimam, nec simplicitèr datiuam, sed anamolam, & extraordinariam; & quidem re vera in pluribus declinare videtur à legitima, & primò, quia à legitima antiquitus mulieres excludebantur ob sexus fragilitatem, & alias caussas. Secundo in eo, quod tutela legitima defertur ad instar hæreditatis ab intestato per ea, quæ supra notauimus, & docet *Castrensis in l. omnem C. ad Tertul.*, & tamen Mater, & Auia admittuntur ad tutelam, quantumuis per statutum excludantur à successione *Salicetus in auth. vt Matri, & Auiæ C. quando mulier tut. off. q. 9. Imbert. in Enchirid. verb. tutela, Decius in l. 2. n. 19. ff. de reg. iur.* Tertio in eo, quod legitima tutela regularitèr est iusta, & necessaria, cum compellantur consanguinei in gradu proximiores eam assumere; respectu verò Matris, & Auiæ est tantum permissa, & voluntaria, cum possint illam reijcere, prout habetur *in auth. vt liceat Matri, & Auiæ* ibi *Secundum ordinem graduum tutelam subire permittimus, & in d. auth. Matri, & Auiæ C. quando mul. tut. offic.*, vbi eadem fermè verba repetuntur indicantia indulgentiam, & permissionem, non necessitatem, & coactionem. Quarto, quia debitores pupillorum excluduntur à tutela, vt infra latè examinabimus, non sic Mater, & Auia, quamuis fuerint debitrices, vt colligitur ex *auth. vt sine prohibitione*. Sed, quia Imperator Iustinianus saniori motus consilio generali iure authenticorum statuit, vt Mater, & Auia ad tutelam filiorum suorum, seu respectiuè nepotum accedere possint etiam extantibus alijs tutoribus legitimis, vt colligitur ex *d. auth. vt Matri, & Auiæ C. quando mul. tut. offic. §. quia vero in auth. vt sine prohibit. matr. debit., & l. Matres C. qui pet. tut.* non video, cur legitima vocari non possit eadem tutela, licet in aliquibus à regulari eius natura declinet.

10 Tutela Matris, & Auiæ non est simpliciter legitima, sed anamola.

11 In quibus discrepet à legitima.

Assignant vlterius DD, aliam tutelam, quam *Honorariam* vocant, de qua incidentèr mentionem fecimus in præcedentibus. Hæc autem est, qua quis datur potius ad obseruandum, & custodiendum actus aliorum, quam ad gerendum, & administrandum, vnde regularitèr est sine administratione per textum *in l. si plures 1. ff. de administ. tut., & l. 3. §. sed & si quidem ff. iudic. solu.* ad similitudinem honorarij tituli, qui est sine administratione *l. ad similitudinem C. de Episcop., & Cler., & l. vlt. C. vbi Senatus.* Quamuis autem huiusmodi tutores honorarij sint sine administratione, non eximuntur tamen ab onere compēsandi damna, quæ obuenerunt ex mala administratione tutelæ per ea, quæ notant *Montanus de tut. & curat. c. 7. n. 14., Petrus de Onnate de contract. tom. 2. tract. 17. disp. 48. sect. 8. per totum*, cum hac tamen conditione, vt nequeant conueniri, nisi excussis illis, qui administrarunt *Montanus de tut. c. 39. num. 189., & c. 7. num. 14., & c. 26. num. 63., Tuschus lit. T. concl. 418. num. 5.*; dati enim sunt quasi obseruatores actus administratoris, & custodes, & ipsis imputatur si, cum viderent administratorem male versari in tutela, eum suspectum non declararint, rationes ab eo assiduè non exegerint, & sollicitè omnia non curauerint, quæ concernunt pupillorum vtilitatem *l. si plures ff. de administ. tut. l. si quis tutor §. 2. ff. de ritu nupt. l. quod si fortè §. 1. ff. de solut.* Quod, si supponas, quod testator in constitutione tutoris honorarij ipsum liberauerit ab administratione, & redditione rationum, tunc ad nihilum tenebitur, cum totaliter de illius probitate confederit testator, nisi quid dolosè commiserit, quia dolus futurus remitti non potest *Pract. Papiens. pro legat. rei singul. glos. 1.*

12 Quænam sit honoraria tutela, & quodnā ipsius munus.

13 Tutor honorarius non potest conueniri, nisi excussis ijs, qui administrarunt.

14 Tutor honorarius liberatus à testatore à reddēdis rationibus ad nihil tenetur;

glos.1.num.149., *Merenda controuers. iur. lib.8. c.10.*, *Rota Romana part. 11. recent. decis.69. num.5.* Ad hoc genus reducuntur illi, qui à supremo quodam ordine, vt præcipuè seruatur in Excellentissimo Mediolani Senatu, deputantur ad custodiam supra tutorum munera, ne quid aduersum contingat in pupillorum bonis ex mala eorundem tutorum administratione, & regulariter sic deputati sunt Senatores ex eodem Amplissimo ordine.

15 Excipe in dolosè commissis.

Enumerant alij inter Tutores honorarios illos, quos Pater dederit ad recipiendas rationes à cæteris tutoribus destinatis ad administrationem; Sed *Papinianus in l. iure nostro §. 1. ff. de testam. tut.* non computat hanc tutelam inter honorarias, quod etiam refert *Montanus de tut. & curat. c.7. num.14.*, cuius inter cæteras hanc rationem adducit, quia tutores honorarij non interdicuntur ducere pupillam, nec eorum filij; filij autem eius, qui destinatus est ad recipiendas rationes à tutoribus administrantibus nequeunt pupillam in vxorem ducere *l. si quis tutor §. 2. ff. de ritu nupt.*

16 Tutela fiduciaria competit fratri maiori mortuo Patre in ordine ad fratres impuberes.

Additur vlterius tutela, quæ dicitur *fiduciaria*, de qua meminit *Alexander ab Alexandro lib.6. genial. dier. c. 10.* atque ea potissimum est, qua mortuo Patre, si filij eiusdem natu maiores extiterint, hij præficiuntur tutelæ aliorum fratrum impuberum, & pupillorum, qui propterea fiduciarij appellantur, & parentum loco succedunt, non quia ita disponatur per legem 12. tabularum, sed quia ita congruit iuri sanguinis, & quia lex de illis multum confidit propter vehementem amorem, qui in eis præsumitur, dicitur fiduciaria. Fateor hanc tutelam posse dici legitimam, cum per nouam legem frater ad successionem fratris emancipati vocetur per textum *in l. Nesennius l. fratres ff. de legit. tut.* Ad hanc tutelam fiduciariam etiam reduci posse videtur tutela Matris, & auiæ, quæ eisdem conceditur propter ingentem amorem, qui in eisdem præsumitur erga pupillos; sed hęc quoque, si attendantur iura noua authenticorum, meritò potest dici legitima, cum deferatur à lege *in d. auth. vt Matri, & Auiæ C. quando mulier tut. offic. §. quia verò in auth. vt sine prohibitione matr. debit.*

17 Explicatur tutelę Attiliana, Iuliana, Cassilia.

Aliæ tutelæ, seu tutelarum species recensentur à DD., & primo tutela Attiliana, quæ potissimum dabatur in ordine ad mulieres, quatenus eisdem ex lege Attilia constituebatur Tutor per Prætores, & maiorem partem Tribunorum, qui appellabantur ex eadem lege Attilian. interponendæ auctoritatis gratia; secundo Iuliana, & Titiana, quæ scilicet in Prouincijs ex lege Iulia, & Titia per Præsides eisdem fæminis assignabatur, quæ quidem in ordine ad pupillos, & pupillas erat diuersa, nam in ordine ad istas tutores dumtaxat auctoritatem interponebant, in ordine verò ad illos, & auctoritatem interponebant, & curam, & negotia gerebant, prout refert *Montanus de tut. & curat. d. c.7. n.51.*; tertio tutela cessa, vel cessitia, & ea est, qua tutores testamentarij, seu legitimi post administratam tutelam pupillarem, quæ durabat annis duodecim, eandem cedebant alteri consanguineo in gradu proximiori, vt refert *Vulpianus in fragm. tit. 11. de tutelis.* De his omnibus, an adhuc vigeant, an verò intelligantur sublatæ, & quamnam vim habeāt, fortè occurret sermo infra.

PRÆNOTIO V.

Quisnam testamento tutores dare possit.

SVMMARIVM.

Parentibus competit filijs suis impuberibus dare testamento tutores. 1.

Pater etiam si fuerit minor 25. potest filijs suis dare testamento tutores. 2.

Soluitur obiectum desumptum ex l. si plures §. quamuis ff. de adminis. tut. 3.

Explicatur, in quo sensu sumendus ille textus. 4.

Tutor datus à Patre minore non indiget confirmatione, si fuerit talis, vt fuisset tutor ab intestato. 5.

Si Pater fuerit sub patria potestate non potest filijs suis tutorem dare. 6.

Nepotes essent sub potestate Aui. 7.

Euincitur ex textu in l. si filius familias ff. de milit. testam. 8.

Auus paternus superstite eorum Patre non potest nepotibus impuberibus testamento tutorem dare. 9.

Si auus paternus instituerit sibi hæredem vniuersalem filium, & eidem substituerit nepotem filium eiusdem filij dato huic tutore, & deinde viuente adhuc eodem Auo filius nactus fuerit libertatem, probabilius tutor datus ab eodem Auo sustinetur. 10.

Mater, qua mater non potest filijs testamento dare tutores. 11.

Tutor datus à Matre in testamento filijs, & confirmatus à Iudice secundum Sabellium est potius testamentarius, quā datiuus. 12.

Congruentius est dicendus datiuus, quam testamentarius. 13.

Si

Si Mater instituerit filium hæredem, & eidem dederit tutorem, sustinetur talis tutor saltèm quoad ea bona, quæ reliquit. 14.
Intellige, nisi filius habeat Patrem viuentem, vel alium tutorem à Patre constitutũ. 15.
Tutor constitutus à Matre filijs, quos hæredes instituit, posita inquisitione necessario est à Iudice confirmandus. 16.
Cautela pro Matre, quando filios intendit instituere assignato tutore, & non vult bona per Patrem viuentem administrari. 17.
Extraneus non potest alienis filijs tutorem constituere, nisi eosdem hæredes instituat. 18.
Etiam si filius institutus ab extraneo hæres habeat aliunde bona, tutor ab eodem extraneo datus sustinetur quoad bona per ipsum relicta. 19.
Tutor ab extraneo datus indiget confirmatione, & inquisitione. 20.
Potest Pater superstite Matre, eaque exclusa filijs suis testamento dare tutores. 21.
Mater potest per Patrem relinqui tutrix testamentaria filijs communibus impuberibus. 22.
Tutor datus à Patre in testamento minus solemni, rupto, & inofficioso sustinetur, indiget tamen confirmatione. 23.

INcipimus examinare in particulari ea, quæ pertinent ad tutelam testamentariam, & primo in ordine ad causam efficientem, seu constituentem, à qua prouenire possit tutor, quod erit meta eorum, quæ sub hoc titulo examinabuntur.

Et quidem indubitati iuris est, quod parentes possint testamento dare tuto-
1 rem suis liberis, siue masculini, siue fæminini sexus; si modo in potestate sint, prout docet *Paulus in l. sæpe ff. de verb. significationibus*, vbi asserit, hanc potestatem in parentibus constituendi testamento filijs suis tutores descendere ex lege duodecim tabularum, cuius legis verba punctualiter refert. Idem quoque docent *Vulpianus in fragment. tit. 11. de tutel.*, *Caius lib. 12. ad edict. Prouinciale in l. 1. ff. de testam. pup.*, & est communis omnium scribentium consensus.

Parentibus competit filijs suis impuberibus dare testamento tutores.

Ea, quæ potissimum sub hoc titulo examinanda veniunt, sunt primo, an, si Pater fuerit minor 25. annis, possit filijs suis impuberibus testamentarium tutorem constituere? Secundo, an, si Pater fuerit sub potestate patria, siue fuerit maior, siue minor, possit filijs suis impuberibus dare testamento tutorem omisso proprio patre, qui est auus eorundem filiorum impuberum? Tertio, an auus ipse possit dare tutorem testamentarium nepotibus? Quarto, an Mater? Quinto, an extraneus? Sexto, an existente Matre pupillorum possit Pater ea exclusa aliũ tutorem testamento dare? Septimo, an tutor in testamento imperfecto, non solemni, in rupto, falso, & inofficioso sustineatur, & quid, si datus fuerit in codicillis, siue testamento confirmatis, siue non confirmatis? & alia inde emanantia.

Articuli examinandi circa præsentem titulum.

ASSERTIO I. Pater etiam, si fuerit mi-
nor 25. annis, potest filijs suis impuberi- 2
bus tutorem testamentarium constituere, si perpenso consilio id præstet *Angelus Aretin. in §. furiosus n. 2. Instit. Qui testam. tut. dar. pos.*, *Romanus singul. 70. incip. Adultus per textum in l. si plures §. quamuis ff. de administ. tut.*, *Montanus de Tut. & Cur. c. 8. num. 5.*, *Ioannes Gutierez eod. tit. part. 1. c. 3. num. 11.*

Pater etiam minor potest testamẽto filijs suis dare tutores.

Duplicem rationem huius assertionis adducit *Montanus loco, quo supra*, primo, quia datio tutoris maximè fauorabilis est filijs, in quorum propterea fauorem, & vtilitatem sustinenda est. Secundo, quia denegari non potest, quin filij existant sub eius patria potestate, cuius respectu Patri permissum est filio suo pupillo etiam exhæredato pupillariter substituere *§. non solum Instit. de pupil. substit.*; hæcque omnia fundantur in vehementi parentum amore erga filios, propter quem fatetur *Tiraquel in præfatione l. si vnquam C. de reuoc. donat. nu. 25.*, quod, si Pater ipse sit adultus, nondum maior annis 25., & testamento dederit filio tutorem, ipsius consilium sequendum sit non obstante minoritate ætatis eiusdem Patris constituentis, quia tanta est, inquit, præsumptio, quam habet lex pro consilio Patris erga filios, vt per ipsum, quantumuis minorem gesta non reprobet, & quidem, si, vt benè notat *Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 3. nu. 11.* iura non reprobant in Patre, quæ reprobant in alijs, puta admissionem tutoris prodigi, non video, cur reprobare debeant admissionem tutoris factam à Patre minore 25. annis.

Rationes suadentes assertum.

Tota ratio difficultatis circa hanc assertionem desumitur ex textu *in d. l. si plures §. quamuis de administ. tut.*, quem adducit *Romanus singul. 170.* in confir-
mationem huius nostræ opinionis, nam 3
hic textus eidem opinioni videtur potius aduersari, vt legenti sit manifestum; cum etenim ibidem dicatur, quod, si Pater dederit tutorem suspectum, eius voluntatem sequi debeat Prætor, exceptiuè tamen subdit; *attamen nonnunquam ab hoc receditur, vt puta, si Pater minus perpenso consilio hoc fecit fortè minor*

Soluitur obiectum desumptum *ex l. si plures §. quamuis ff. de administ. tut.*

25. *annis &c.*, quæ certè exceptio minuit dispositionem, quando est minoritas ætatis in Patre, cum eadem dispositio in hoc casu espresse tollatur; & sicuti in alio casu, quem exemplificando adducit textus, quando scilicet Pater eo tempore fecit, quo ipse tutor bonæ vitæ, vel frugis videbatur, deinde idem postea cępit malè conuersari ignorante testatore, potest tutor, & debet espelli, ita etiam debet espelli in casu, quo datus est per Patrem minoris ætatis, cum vterque hic casus eodem sermone contineatur, & sub eadem cadat dispositione. His tamen minime obstantibus sistendum est in terminis positæ assertionis; nec aliquam vim faciunt notata *in d. textu in l. si plures §. quamuis*, nam ea tantum procedunt, quando Pater minor 25. annis in constitutione talis tutoris incautè processit, hoc est minus perpenso consilio, seu ignorantèr, secus, quando habita perfecta notitia, & deliberatè, quæ deliberatio, & perfecta notitia haberi potest in adulto minori 25. annis.

Reijcitur explicatio Gutierez.

Hic non possum acquiescere solutioni, seu explicationi, quam adhibet ad præfatum textum *Gutierez de tut. & curat, part. 1. d. c. 3. num. 15.*, dum dicit, quod aduerbium, *nonnunquam*, positum *in d. l. si plures* idem sonet, ac *quandoque*, & quod ly *quandoq.* denotet regulam esse in contrarium per textum *in princip. Instit. quib. mod. contrah. oblig.*, sicque regulariter verum sit, quod Pater minor 25. annis possit filijs constituere tutorem. Non, inquam, possum acquiescere; quia textus ponit regulam generalem, quod ille habendus sit tutor, quem Pater in testamento ordinauerit; & deinde ponit exceptionem in aliquibus casibus, & inter cæteros, quando Pater constituens minor est 25. annis; vnde non bene infertur, quod per illam exceptionem firmetur regula generalis, quod Pater minor 25. annis possit filio constituere tutorem, sed quod firmetur regula, quod Pater possit dictum tutorem dare in testamento, posita exceptione, quod non possit, quando est minor 25. annis. Quamobrem regula generalis in d. textu non est, quod Pater minor possit constituere tutorem in testamento, sed quod Pater simpliciter possit illum dare, & deinde excipitur, quando est minor. Retenta igitur explicatione, quam nos adhibuimus, dicimus, quod in illo textu fiat simpliciter Patri potestas constituendi in testamento pro filijs tutorem non distinguendo, an Pater fuerit maior, an minor, & deinde fiat exceptio, si datio talis tutoris per Patrem

4 Explicatur, in quo sensu sumendus sit ille textus.

fuerit non perpenso consilio, & ibidem solummodo fit reflesio, quandonam intelligatur tale consilium perpensum, quod, quandoque contingit, quando est minoritas annorum, quia tunc potest esse maior præsumptio minoritatis consilij, & immaturæ deliberationis. In hæc, quæ diximus consentire videntur *Bartolus in d. l. si plures num. 1. ff. de administ. tut., & in l. quæro §. Lucius ad fin. ff. de testam. tut., Angelus Aretin. in §. furiosus num. 2. Instit. Qui testam. tut. dar. pos., Ripa in l. nemo potest num. 84. ff. de legat. 1.*

Circa ea, quæ dicta sunt sub hac assertione, controuerti potest, an ille, qui constitutus est tutor per Patrem minorem annis 25. in testamento indigeat Iudicis approbatione, an verò ipso iure habeatur vt talis? Crediderunt aliqui, probabilius esse indigere Iudicis confirmatione, ad quod mouentur multis rationibus primo, qui potest esse non leuis suspicio non perpensi consilij in minore constituente, ad quod conualidandum supplere debet Iudicis auctoritas. Secundo, quia textus *in d. l. si plures §. quamuis ff. de administ. tut.* dicit, quod Iudex teneatur confirmare, quem Pater ordinauerit. His tamen minimè obstantibus sentiendum arbitror, constante de perpenso consilio Patris Tutorem per eum electum non indigere confirmatione, si fuerit talis, vt ab intestato fuisset tutor, vt in similibus docent *Baldus, & Fulgosius in l. hac consultissima §. ex imperfecto C. de testament.*, secus, si fuerit talis, qui ab intestato non esset tutor, prout docet *Salicetus in d. §. ex imperfecto C. de testam.*, & hoc esse communiter receptum tradit *Iulius Clarus de testam. q. 10. n. 34.*, quod confirmari potest ex ijs, quæ habentur *in auth. ex tacita C. de liber. præterit.* vbi, quod, si Patris testamentum non fuerit solemne ex causa præteritionis, subsistat tutor, nec indigeat confirmatione, cum sufficiat sola legis confirmatio; quæ, si verificantur, quando testamentum est minus solemne ex tali causa, non video, cur verificari nequeant, quando est minus tale ex minoritate ætatis eiusdem constituentis.

5 Tutor datus à Patre minore perpenso consilio non indiget confirmatione, si fuerit talis, vt ab intestato fuisset tutor.

ASSERTIO II. Si Pater fuerit adhuc sub patria potestate, siue fuerit maior, siue minor, probabilius non potest filijs proprijs impuberibus testamento constituere tutores (*Carolus Phylippus Corneus cons. 129. num. 9. & 10. vol. 1., Montanus de tut. & curat. c. 3. num. 47.*

6 Si Pater fuerit sub patria potestate probabilius non potest filijs tutorem dare.

Ratio ex eo deducitur primo, quia existente Patre sub patria potestate, æquè sunt sub illa potestate, sub qua Pater est, eiusdem filij, & sic nepotes ex

filio

filio respectu Aui per textum in l. nam etenim ff. de his, qui sunt sui vel alien. iur.

7 Nepotes essent sub potestate Aui.

l. si maritus C. de patria potest. §. fin. Instit. eod. tit., ergo per eundem Patrem existentem sub patria potestate non potest proprijs filijs tutor testamentarius constitui arg. textus Instit. de tutel. in princip., nam sic tutela non esset in capite libero, cum filij adhuc essent sub aliena potestate, nempe Aui.

Secundo, quia potissima ratio, ob quam habenti Patrem non potest tutor constitui, ea est, quia nequit præsumi maior affectio, nec perpensius consilium, nec accuratior sollicitudo, & cura, quã sit patris erga filium, & bona eiusdem, prout latè considerauit Montanus de tut. & curat. c. 3. num. 37. & seqq., propter quæ multa Patri conceduntur in iure, quæ in ordine ad alios prohibentur per ea, quæ latè commendat, & probat Tiraquel in præfatione ad l. si vnquam C. de reuoc. donat., sed non minor affectio, nec sollicitudo remissior considerari potest in Auo erga nepotes ex filio per ea, quæ alibi fusè commendauimus, ergo sicuti habenti Patrem non potest tutor designari, nec habenti auum poterit assignari.

Tanta est affectio Aui erga Nepotes quanta Patris erga filios.

Tertio ex l. si filius familias ff. de milit. testam., vbi si miles filius familias condiderit testamentum instituto sibi vno hærede, & deinde post eius mortem natus sit ipsi filius, dicitur, quod hic rumpat eius testamentum, si vero eidem militi post conditum testamentum, & eius mortem natus fuerit filius viuente adhuc auo, idest patre eiusdem militis, dicitur, quod per filium posthumum natum non rumpatur testamentum addita ratione, quia dictus filius militi natus non est in potestate Patris, sed Aui, ergo cum viuente Auo Patre patris, eiusdem Patris filius sit sub potestate Aui, non poterit eidem constitui tutor omisso eodem Auo, cum tutor nõ possit constitui, nisi capiti libero. Vide, quæ expressè habentur ind. l. si filius familias ff. de milit. testam. Ibi Cum filius familias miles decessisset filio impubere hærede instituto, eiq; substituisset in Aui potestate manenti, tutoresq; dedisset Diui fratres rescripserint substitutionem quidem valere, tutoris autem dationem non valere.

8 Euincitur ex textu in l. si filius familias ff. de milit. testam.

Neque aduersus ea, quæ dicuntur sub hac assertione, aduersari potest primo, quod Pater sit per se principium, & causa immediata filij, qui propterea titulo naturalis pietatis tenetur eidem consulere præ cæteris, & etiam respectu aui, cum iure sanguinis magis pater accedat ad filium, quam Auus ad nepotem, ergo ipse Pater poterit in testamento consulere proprio filio impuberi de alio tutore ab Auo, cum ipsi vtpote principio per se, & proximiori eidem filio incumbat onus eiusdem conseruationis; secundo, quod Pater in testamento possit consulere filijs impuberibus etiam exclusa eorum Matre, & Auia, quantumuis iura eisdem maximè faueant, ergo etiam eisdem poterit consulere de tutore omisso auo paterno, cum ius constituendi tutores potissimum proueniat à iure sanguinis potius, quam à patria potestate, nam per ea, quæ supra innuimus, & infra etiam attingemus, pater potest tutorem filio constituere, quantumuis non sit sub patria potestate, sed emancipatus; cum igitur iure sanguinis Mater magis accedat ad filium, quam Auus ad nepotem, si Pater potest filio prouidere de tutore exclusa Matre, quæ magis iure sanguinis accedit ad filium, etiam poterit eidem prouidere secluso auo, qui magis distat ab eodem filio; tertio, quia, vt infra videbimus, tutor principaliter datur personæ pupilli, & solum minus principaliter rebus eiusdem, ergo, cum persona filij magis dependeat à Patre, qui est eiusdem immediatum principium, ab ipso etiam magis dependere debet quoad gubernium, & regimen, & propterea ipse eidem poterit consulere de tutore.

Nonnulla obiecta proponuntur.

Non, inquam, aduersari possunt; Non primum, quia, quantumuis Pater sit immediatum principium filij, & iure sanguinis magis ad ipsum accedat, qua auus; non propterea sequitur, quod vi uente Auo, sub cuius potestate est ipse Pater, possit hic filio constituere tutorem omisso eodem Auo; tum quia iura statuunt, quod ascendentes per sexum virilem plenum ius habeant quoad descendentes non solum immediatos, sed etiam mediatos; tum quia ratio affectionis, in qua fundatur ius constituendi tutelam quoad filios in Patre, æquè militat in auo paterno, & propterea, sicuti habenti Patrem non potest dari tutor, ita nec auum habenti.

Eadem obiecta dissoluuntur.

Non secundum, quia licet iura permittant Matri, & Auiæ tutelam quoad filios, & nepotes etiam cum exclusione tutorum legitimorum, & datiuorum, non tamen permittunt cum exclusione testamentariorum, quod non militat respectu aui paterni, cui ex proprio officio quasi paterno incumbit cura nepotum præcipuè patre defuncto, quod non solum fundatur in virili sexu cum illa qualitate superioritatis, sed etiam in salubriori consilio, quod iura præsumunt

Dispar ratio de Auo paterno, ac de Auia.

munt in masculo ascendente, quam in fæmina, quæ ex proprio genere est fragilis iudicij, & non ita perpensi consilij; Quamobrem ad ea, quæ subduntur, dico, quod, quamuis in ordine ad ius constituendi tutelam attendatur ius sanguinis, hoc tamen intelligendum sit, non quomodocunq; sed cum coniuncta qualitate masculini sexus in linea ascendentium, respectu quorum etiam oritur patria potestas, quæ regulariter non est in fæminis, prout habetur *in l. tutela ff. de tut.*

Non tertium, quia licet tutor detur principalitèr personæ, & secundario tantum rebus, & persona filij immediatius dependeat à Patre, quam ab Auo, non propterea sequitur, quod Pater possit pro libertate constituere tutorem filio excluso Auo, sed ad summum, quod concurrente ipso Auo, & ipso Patre potius cura pertinere deberet ad Patrem, quam ad Auum (quod tamen, an verum sit, non ausim affirmare). Cæterum mortuo Patre, ex officio proprio in cura, & tutela subingreditur Auus, sub cuius patria potestate adhuc sunt superstites filij.

9 Nequit Auus paternus superstite eorum Patre nepotibus dare tutorem.

Assertio III. Auus paternus superstite eorum Patre non potest nepotibus impuberibus testamento tutorem constituere, secus eorum Patre defuncto *Montanus de tut. & curat. c.8. n. 25. Glosa in l.1. ff. de testament. tut.*, & in hoc arbitror omnes consentire.

Vtraque pars assertionis expressè euincitur *ex §. permissum Instit. de tutel.*, *& ex l. 1. ff. de testam. tut.*, *& ex l. si hæreditas §. qui filium ff. de testam. tut.*, & congrua quidem ratione hæc iura procedunt, nam, quando superstes est auo Pater, ipse constituitur in pleno iure quoad filium, cui propterea ex officio incumbit onus regendi filium, & eius bona, nec filius ipse potest dici tunc caput liberũ, cum immediatè transeat sub potestate Patris superstitis; quando verò Pater prædecessit ad ipsum Auum, tunc hic retinet plenam potestatem erga eundem filium, & fungitur munere patris, ergo sicut Pater potest eidem in testamento constituere tutorem, etiam poterit auus mortuo Patre.

Moriente Auo Pater constituitur in pleno iure quoad filios.

Hic oritur difficultas, an, si auus paternus condito suo vltimo testamento instituerit sibi vniuersalem hæredem filium suum, & eidem substituerit filiũ eiusdem filij dato huic tutore, & deinde viuo adhuc auo testatore filius nactus sit libertatem, seu exemptus à patria potestate, tunc tutor ab Auo datus nepoti adhuc persistat? Affirmat absolutè *Glosa in l. si hæreditas ff. de test. tut. in expositione casus*, quod clarius videtur deduci ex ipso textu *in l. si hæreditas §. si filium*, addita ibidem ratione, quia, cum tale testamentum confirmatum sit, & tutoris datio intelligitur confirmata; Sed hic textus, si verba benè perpendantur, procedere tantum videtur, quando filius superstite adhuc patre decessit, & nepos viuo auo ex eodem successit, quia tunc tutoris datio intelligitur firmata ex lege Iunia Velleia. Quid verò sentiendum sit, vbi filius non decesserit, sed aliter exierit à patria potestate, vel quia fuerit emancipatus, vel alio modo à tali onere solutus? Tunc videtur dicendum, quod ex eo, quod filius intelligatur solutus à vinculo patriæ potestatis, & filius eiusdem in ordine ad auum intelligatur simplicitèr absolutus, & per consequens ab eodem Auo nequeat recipere legem ligaminis tutelæ. His tamen minimè obstantibus sentiendum arbitror, talem tutelæ dationem in ordine ad nepotem tenere, tum quia Pater fortè etiam filio emancipato potest testamento tutorem constituere, tum etiam, quia ex eo, quod nepotem hæredem substituerit, potest ratione hæreditatis delatæ eidem præstare tutorem; & sicuti, vt infra dicemus, si Mater hæredem filium constituerit, potest eidem consulere de tutore, ita à fortiori hoc poterit Auus paternus præstare.

10 Auus Paternus, si instituerit filium hæredem eidemq; substituerit filium eiusdem filij dato huic tutore, & deinde viuo adhuc Auo filius acquisierit libertatem probabilius tutor sic datus sustinetur.

11 Mater, qua mater non potest filijs testamento dare tutores.

Assertio IV. Mater, qua Mater est, non potest filijs testamento dare tutorem *Angelus Aretinus in tract. de testam. verb. tutores autem, Marianus Socinus cons. 59. num. 29. lib. 3.*, *Decius in l. quo tutela num. 2. ff. de reg. iur.*, *Montanus de Tut. & Curat. c. 8. num. 38., & c. 24. nu. 18.*, *Sanfelicius decis 205. num. 3.*

Ratio ex eo deducitur, quia iura permittunt parentibus dare testamento tutores filijs, & nepotibus, si illos habeant in potestate per textum *in l. 1. ff. de testam. tut.*, *& in l. 1. ff. de confirm. tutor.*, *& §. permissum Instit. de tutel.*, sed mater, qua talis est, non habet liberos in potestate *§. fæmina Instit. de act.*, ergo eidem secundum se non est permissum filijs testamento constituere tutorem. Confirmatur, quia omnes conueniunt, quod, si tutor à Matre fuerit datus filijs in testamento, non habeat vim, nisi fuerit a Iudice confirmatus, qui debet inquirere, & sine inquisitione non confirmare *l. pater ff. de testam. tut. l. mater C. eodem l. 1. & 2. ff. de confirm. tut.*, ergo assignatio tutoris facta per Matrem in testamento secundum se non subsistit. Sed hic oritur difficultas, an in suppositione, quod

Filij non sunt sub potestate Matris.

tutor

tutor sit datus in testamento à Matre, & per Iudicem confirmatus, debeat dici testamentarius, an vero datiuus? *Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. tutela n.4. vers. tutor datus à Patre* loquens specificè, & signanter de tutela data à Matre in testamento, & confirmata à Iudice asserit, non debere dici datiuam, sed testamentariam, addita ratione, quia actus, qui non est ex mera

12 Tutor datus à Matre in testamẽto, & confirmatus à Iudice, an sit testamentarius, an datiuus.

libertate confirmantis (vt quia confirmans non possit tollere illum actum, sed necesse habeat ipsum confirmare) non adscribitur confirmanti *Bartolus in l. more nu.5. ff. de iurisd. omn. Iud.*, & ideo tanquam testamentaria præfertur legitimæ iuxta communem sententiam in praxi tenendam, de qua *Gutierez. tract. de tutel. part.1. c.2. nu.25.*, & de ipsa infra erit sermo vberimus. Sed, quia hæc confirmatio per Iudicem fieri debet cum inquisitione, & indagine, vt habetur *in §. vlt. Instit. de tutel.*, ideo ingerit aliquam

13 Secundũ alios, & melius dicendus est datiuus.

rationem dubitandi in contrarium; quod enim indiget inquisitione, non videtur ita certo, & necessario ponendum ad differentiam tutelæ positæ à Patre filio emancipato, quę, cum sit necessario à Iudice confirmanda, non indiget inquisitione: atque hoc certius arbitror, cum Mater nullum secundum se ius habeat constituendi in testamento filijs tutorem, cum illos non habeat in sua potestate, nec in Matre considerari possit illud perpensum consilium, & maturum judicium, quod in Patre etiam in ordine ad filios emancipatos præsumitur, & consideratur, & propterea arbitror, potius hanc Matris tutelam, seu per Matrem in testamento constitutam esse datiuam, quam testamentariam, quod etiã ex eo euincitur, quod, si Mater vidua petat à Iudice sibi alium dari in contutorem, hic dicitur datiuus non obstante, quod sit ad petitionem Matris.

Dixi, *Mater, qua Mater est, & secundum se*, nam potest contingere in aliquo casu,

14 Mater instituẽs filium hæredẽ, & constituens eidem tutorem valide cõstituit.

quod tutor à Matre in testamento constitutus sustineatur, vt, si Mater in eodem hæredem instituerit filium, & simul tutorem eidem dederit, tunc etenim saltem in ea parte, & quoad ea bona, in quibus ipsi hæreditatem reliquit, valide etiam tutorem constituit, prout notant *Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. tut. num.5.*, *Stephanus Gratianus discept. for. c.462. num.33., & c.680. per totum*, *Rota Romana part. 9. recent. decis. 171. num.1. & seqq.*, quod ex eo deducitur, quod etiam extraneus constituens aliquem sibi hæredem potest eidem testamentarium tutorem constituere per ea, quæ notat *Montanus de tut. & curat. c.8. num.38. in fin.*, adeoque à fortiori id poterit mater præstare, prout signanter decernitur *in l. pater ff. de testament. tut.*, 15

& l. mater C. eod. tit., *& l. 2. ff. de confirm. tut.*, *Decius in l. quo tutela §. nemo nu. 1. & 6. ff. de regul. iur.* Hæc tamen, quæ hic dicta sunt, intelligenda videntur, si filius, cui mater hæreditatem reliquit, non habeat Patrem viuentem, vel Pater ipsi alium tutorem non dederit, quod colligitur per textum in *§. interdum Instit. de Curat.*, *Marianus Socinus cons.59. n.32., & seqq. lib.3.*, & ratio est, quia habenti patrem, vel tutorem testamentarium à patre constitutum non potest alius tutor dari per ea, quæ supra commendauimus.

Intellige, nisi filius habeat Patrem viuentẽ vel tutorem à Patre constitutum.

Difficultas solummodo aliqua circa ea, quæ mox diximus, matrem scilicet instituentem hæredem filium posse eidem in testamento tutorem constituere, potest esse in eo, quod tutela datur principaliter personæ, non rebus per textum *in l. quia personæ ff. de testam. tut.*, cum igitur persona filij non sit sub potestate matris per ea, quæ supra commendauimus, & ius tantum habeat in rebus suis, quas relinquit, non videtur propriè posse tutorem constituere. Sed modicum negotij facescere potest præsens difficultas, quandoquidem mater ratione institutionis filij in propria hæreditate, tutorem, quem assignat, videtur assignare vniuersitati bonorum, cum hæreditas sit ius quoddam vniuersale, quando autem vniuersitati bonorum sit assignatio, iusta est tutoris datio per *Glosam in textu §. certæ autem rei Instit. Qui testam. tut. dar. pos.*, & simul comitatur personam, cui datur. Dici etiam potest, quod, quamuis in rigore dici nequeat tutor, cum sit potius curator, nihilominus optimè saluetur decisio, nam tutor, curator, defensor, & administrator promiscuè accipiuntur vnus pro alio ad sustinendum actum *Gratianus discept. for. c.830. nu.12. c.919. n.1.*, *Surdus cons.428. num.13.*, *Rota Romana part. 1. recent. decis. 668. num. 5.*, *Cancerius resol.7. num. 9.*

Soluitur obiectum aduersus mox dicta.

Sed, an in hac hypothesi tutor sic constitutus à matre, vt suam exercere valeat potestatem, indigeat confirmatione Iudicis cum inquisitione? Respondendum est affirmatiuè, prout habetur *in l. pater ff. de testament. tut.* -Ibi- *Sed & inquiri in eum, qui matris testamento datus est tutor, oportebit*, & *in l. mater C. eod. tit.*, vbi tamen Glosa contrarium sentire videtur, dum distinguit hoc pacto; aut instituit filium impuberem hæredem, aut non instituit; si instituit, potest tutorem eidem

dem

dem constituere, confirmabitur tamen à Iudice, sed sine inquisitione; si non instituit, tunc tutor, confirmatus esse debet, sed cum inquisitione. Sed hoc textus non dicit, sed solummodo, quod *Mater non potest tutores dare filijs, nisi eos hæredes instituerit; quando autem eosdem hæredes non instituerit, solet ex voluntate defunctæ tutor à Præsidibus confirmari*; Ex quibus verbis deduco discrimen, quod intercedit inter tutorem datum filijs à matre, quando isti instituti sunt hæredes, & inter tutorem illis datum, quando non sunt instituti; nam in primo casu dicitur quidem, quod mater possit illum tutorem dare, sed ibi non dicitur, quod non indigeat confirmatione, nec inquisitione, sed hoc dicitur *in d. l. pater ff. de testam. tut.*, vnde textus *in d. l. mater* intelligendus est ad normam, seu relatiuè *ad l. pater*; in secundo autem casu dicitur solum quod soleat à Præsidibus confirmari, quod non importat necessitatem, sed arbitrium, secundum quod expedit pupillo, prout explicat *Glosa ibidem in verb. solet*, vnde, quando mater instituit filios hæredes, & eisdem constituit tutorem, tunc posita inquisitione ex necessitate tutor sic constitutus est à Iudice confirmandus, quando autem mater constituit tutorem, non tamen instituit filios hæredes, etiam posita inquisitione non est ex necessitate tutor confirmandus, sed solummodo ex arbitrio, & quasi consuetudine; atque ex ijs, quæ hic dicuntur, quando mater non instituit hæredes filios, sed eisdem constituit tutorem, confirmantur ea, quæ supra dicebamus, quod scilicet mater, qua mater est, non possit filijs testamento dare tutorem, nec obligare Iudicem ad confirmandum eum, quem mater dederit, cum in data hypothesi confirmatio non sit actus necessitatis, sed arbitrij respectu Iudicis.

16 Tutor à matre constitutus filijs, quos hæredes instituit posita inquisitione necessario est à Iudice confirmandus.

17 Cautela pro matre, quæ intendit filios hæredes instituere, & non vult bona per Patrem viuentem administrari, sed per tutorem per ipsam assignatũ.

Cum autem dictum fuerit restrictiuè loquendo, quod etiam, quando mater hæredes filios instituit, non possit eisdem constituere tutorem, quando superstes est pater, vel quando hic eisdem pupillis alium tutorem dederit, oritur hic difficultas in inquirendo, quanam cautela consulendum sit matri, quæ ex vno capite vult hæreditatem suam deferri filijs, ex alio non vult administrari à patre, nec ab alio tutore ab eodem patre constituto, eo quia fortè eos suspectos habeat. Hanc communiter DD. statuunt cautelam, vt mater eum, quem intendit constituere tutorem, hæredem instituat, & roget, vt filio suo, cum ad pubertatem venerit, hæreditatem plenè restituat, & interim ex fructibus eidem filio conferat alimenta, tunc etenim iste hæres sic scriptus habebit nudum nomen hæredis, quandiu filius erit impubes, cui deinde peruento ad pubertatem hæreditatem restituet nulla etiam detracta Trebellaniaca per textum *in l. in fideicommissi §. cum Pallidius ff. de vsuris, Immola in l. cum filio ff. de legat. 1., Gualdensis in tract. caut. vlt. volunt. tit. de tutelis caut. 4., Montanus tract. de tut. & curat. c. 8. num. 40., & alij*.

18 Extraneus non potest tutorem assignare filijs extraneis nisi ipsos hæredes instituat.

Rationes pro vtraque parte huius assserti.

ASSERTIO V. Extraneus non potest alienis filijs constituere tutorem, nisi fortè eosdem hæredes instituat. *Gratianus discept. for. c. 462. n. 23., & c. 680. per totum, Montanus de tut. c. 8. n. 37. & seqq., Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. tutela num. 5., & verb. mater eod. num., Rota Romana parte 9. recent. decis. 171. num. 1., & seqq.*

Quoad primam partem eisdem ferè, quinimmo fortioribus rationibus euincitur, quibus probata fuit prima pars præcedentis assertionis; si etenim mater, quæ habet quodamodo commune esse cum filio, & est principium, & per se causa eiusdem ratione originis eidem communicatæ, non potest eidem in testamento conferre tutorem, multo minus videtur posse conferre extraneus filio alterius, qui nihil habet commune cum ipso, nec aliquod ius prælationis in ordine ad ipsum præfefert, nec vllo modo pupillus est sub ipsius potestate, nec iure sanguinis, nec iure patriæ potestatis.

Quoad secundam partem liquido constat ex textu *in l. si patronus ff. de confirm. tut.*, qui textus fundatur in affectione, quam testator exhibuit erga pupillum ipsum hæredem instituendo. Ibi *quippe qui, & personam eius, quem tutorem esse voluit, nouerit, & impuberem ita dilexerit, vt eum hæredem instituerel*.

Ex hoc textu non leuis oritur difficultas, an, si pupillus institutus hæres ab extraneo habeat aliunde bona, tutor ab eodem extraneo constitutus subsistat? Ratio dubitandi ex verbis eiusdem textus desumitur. Ibi *& extra ea nihil in bonis pupillus habeat*, ergo, si habeat aliunde bona, tutor non poterit subsistere datus ab eodem extraneo testatore, quia conditio in dispositione posita, si non purificetur, cessare facit dispositionem; & congrua quidem ratione hoc videtur decerni, quandoquidem in ordine ad personam pupilli secundum se testator non habet potestatem, & si quam habet, est dumtaxat ratione bonorum, in quibus instituit; eum igitur non acquirat pupillus omnia bona a testatore extraneo, sed aliunde habeat, non videtur posse eidem

eidem assignari tutor, cum hic nequeat extendi ad omnia bona. His tamen minimè obstantibus sentiendum arbitror, etiam in hac hypothesi aliorum bonorum apud pupillum existentium posse per extraneum instituentem pupillum hæredem constitui validè tutorem in bonis eidem relictis, prout notat *Stephanus Gratianus discept. for. c. 462. num. 23. c. 680. per totum, Montanus de tut. & curat. c. 8. n. 37. & seqq.*, quod etiam latè affirmat *Rota Romana part. 9. recent. decis. 171. num. 1. & seqq.* loquens de Auo, cui non est permissum, dare tutorem nepotibus recasuris in potestatem patris, qui tamen, si dederit, & instituerit nepotes hæredes, sustinetur datio respectu bonorum, in quibus illos hæredes instituit, quæ ratio æquè militat quoad extraneos instituentes, prout notat *Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. tutela num. 5. in fin.*, nec obstat illa conditio, *& extra ea nihil in bonis pupillus habeat*, posita *in d. l. si patronus*; non obstat, inquam, quia illa non apponitur taxatiuè, sed ampliatiuè, idest *maximè*, prout explicat *Glosa in eodem textu in princip.* Deinde textus ille cum illa conditione non est absolutè intelligendus, sed in ordine ad bona, quæ per testatorem extraneum non fuerunt relicta, quatenus quoad illa non possit extraneus tutorem constituere, quod non officit nostræ assertioni.

19 Etiam si filius institutus ab extraneo hæres habeat aliũ de bona tutor per ipsum datus sustinetur.

Sed, an tutor ab extraneo constitutus in testamento indigeat confirmatione, & inquisitione? Vtique verumque requiri videtur simpliciter affirmandum, quod expressius etiam quoad tutorem datum à matre hæc confirmatio, & inquisitio simpliciter requiritur per ea, quæ supra commendauimus, & expresse habetur *in l. Pater ff. de testament. tut., & in l. mater C. eod. tit.*, adeoque non est, cur non requiratur etiam in ordine ad tutorem datum ab extraneo, cum maiorem potestatem habere videatur mater in ordine ad filios, ac habeat extraneus.

20 Tutor ab extraneo datus indiget inquisitione, & cõfirmatione.

Assertio VI. Potest pater existente matre, eaque exclusa filijs suis impuberibus tutores testamentarios constituere. In hanc consentiunt communiter DD., qui sustinent tutelam testamentariam præferendam esse legitimæ *Ouinimus in §. permissum Instit. de tutel., Montanus de tut. & curat. c. 7. n. 1., Gutierez de tut. part. 1. c. 2. n. 2. & seqq., Borguinus de tut. num. 1., Balthassar Thomas. de tut. tit. 2. c. 1. per tot., & tit. 3. c. 1. per totum, Petrus de Oñate de contract. tom. 2. tract. 17. disp. 48. sect. 2. & seqq.*

21 Potest Pater exclusa matre filijs suis testamento tutorẽ dare.

Expresse colligitur ex textu *in auth. Matri, & Auia C. quando mul. tut. offic.* Ibi *Matri, & Auia secundum ordinem tutelam etiam inter agnatos subire permittimus*, & nonnullis interpositis *Solis testamentarijs tutoribus eas præcedentibus, legitimis, & datiuis postpositis*. Ratio autem huius textus, & assertionis ex eo deducitur, quia pater ex suo munere habet plenam potestatem disponendi quoad suos filios de tutoribus, cum sint sub pleno eiusdem iure, ergo poterit illis constituere, quem voluerit idoneum priuatiuè ad quemcumque alium, siue legitimum, siue datiuum, & propterea etiam in ordine ad matrem.

Hic oritur controuersia, an ipsa mater possit filijs communibus per patrem in testamento dari tutrix? Maximum in hoc inuenio dissidium inter DD. Nonnulli, inter quos *Bartolus in l. 2. ff de testament. tut.*, sentiunt, matrem in testamento non posse dari tutricem communibus liberis, hocque euincere satagunt per textum *in l. iure nostro ff. de testam. tutel.* Alij è contra statuunt, posse matrem in testamento dari tutricem filijs communibus, quantumuis esset filia familias, & in potestate patris constituta, & extaret statutum, quod mulier non possit se obligare sine præsentia patris *Barbatius cons. 11. nu. 11. lib. 3., Montanus de tutoribus, & curat. c. 9. nu. 7. & c. 15. n. 32.*; cui secundæ opinioni libentius adhærendum existimo, cum textus *in d. l. iure nostra ff. de testam. tut.* non officiat, quia, vt asserit *Glosa in d. auth. Matri, & Auia in verb. testamentarijs C. quando mul. tut. offic.* illa lex in hoc intelligitur correcta, nec obstat allegatum statutum, nec quod sit filia familias, cum illud statutum debeat recipere interpretationem à iure communi, adeoque non videtur habere locum in ijs, quæ à lege fuerunt inducta. In ijs non immoror, cum infra occurret sermo vberior.

22 Mater potest per Patrẽ testamẽto constitui tutrix filijs suis impuberibus.

Assertio VII. Si tutor fuerit datus à patre filijs impuberibus in testamento minus solemni, in rupto, falso, & inofficioso declarato sustinetur, indiget tamen confirmatione *Corneus cons. 175. nu. 13. lib. 3., & cons. 238. num. 10. lib. 4., Montanus de tut. & curat. c. 8. n. 7. & 9.*

23 Tutor datus à Patre in testamento minus solemni, rupto, & inofficioso sustinetur, indiget tamen cõfirmatione.

Expresse colligitur ex pluribus textibus iuris ciuilis, & præcipuè *ex l. pater §. tum à patre l. iure nostro §. fin. l. si pater ff. de testament. tut., & l. qui à patre ff. de confirm. tut.* Sed, an in hoc casu ante confirmationem Iudicis requiratur inquisitio? Sentiendum est negatiuè, prout signanter videtur decerni per textum *in d. l. qui à patre*, vbi, cum dicatur, *quod sit confirmandus perinde, ac si testamento datus esset*, videtur innui, non indigere inquisitione,

cum

cum supponatur à patre electus cum plena notitia, & deliberatione. Hoc idem habetur *in §. vlt. Instit. de tutel. & in l. 1. & ibi omnes ff. de confirm. tut.*

Hic pro complemento eorum, quæ fuerunt proposita sub hoc titulo agendum esset, an tutores in codicillis dati minoribus subsistant? Sed, quia de hoc actum est in præcedentibus, non immoror.

PRÆNOTIO VI.

Quinam tutores in testamentis dari possint.

SVMMARIVM.

Quilibet in testamento tutor dari potest, qui à lege non prohibeatur. 1.
Regulariter interdicuntur à tutela, qui non attigerunt annum 25. 2.
Intellige quoad exercitium eiusdem tutelæ, Ibid.
Iura eius mentia assertum. 3.
Quod etiam verificatur in matre minore, nisi statuto, vel consuetudine cautum sit, quod mulier maritata habeatur pro maiori. 4.
Filius familias, si habeat cæteras conditiones à iure requisitas, non interdicitur à munere tutelæ. 5.
Duplicem personam repræsentat, alteram priuatam, alteram publicam. 6.
Etiam mater, quæ sit filia familias, potest esse tutrix. 7.
Si pater pro filio familias constituto tutore accesserit, vt fideiussor, tenetur in solidum, si verò tantum consenserit, tenetur solum de peculio, & in rem verso. 8.
Seruus, qua talis non potest tutor constitui testamento, & si constituatur, intelligitur actu præuio liberari à seruitute. 9.
Intellige, quando seruus est constitutus tutor à proprio Domino cum scientia seruitutis. 10.
Ratione status interdicuntur à munere tutelæ testamentariæ Clerici, & Monaci. 11.
Nomine Clericorum veniunt Episcopi, & Monaci Sacerdotes, alijque sacris initiati. 12.
Non tamen præcisè tonsurati, & minoribus initiati. 13.
Excluduntur etiam à munere tutelæ legitimæ Episcopi, & Monaci, non tamen alij Sacerdotes, si velint. 14.
Ratio, cur non permittatur Episcopis, & Monacis munus tutelæ legitimæ. 15.
Ratione sexus interdicuntur mulieres à munere tutelæ testamentariæ. 16.
Excipiuntur tamen Mater, & Aua. 17.
Etiam quoad testamentariam. 18.
Intellige, siue fuerint datæ in testamento simul cum alijs, siue sola. 19.
Si maritus in testamento vxorem tutricem filiorum constituerit etiam in casu secundarum nuptiarum non est necesse, quod eadem vxor renunciet secundis nuptijs. 20.
Secus, si fuerit simpliciter constituta tutrix testamentaria. 21.
Qui habet bona indiuisa cum pupillis potest eorundem esse tutor testamentarius, si testator nouerit talem indiuisionem. 22.
Non tamen legitimus, & datiuus. 23.
Non sustinetur talis tutor testamentarius, si testator ignorauerit indiuisionem. 24.
Creditor, & debitor potest testamento tutor constitui, si testator nouerit tale creditum, & debitum, secus, si ignorauerit. 25.
Ciuis alterius ciuitatis potest constitui tutor testamentarius pupillorum alibi degentium. 26.
Tutor sic electus potest alium sibi beneuisum in œconomum eligere. 27.
Mutus non potest esse tutor testamentarius. 28.
Quisnam veniat nomine muti. 29.
Si mutus euadat post susceptam tutelam reijcitur à tali munere. 30.
Etiam Surdus reijcitur. 31.
Furiosus durante furore, & amens durante amentia excluduntur à tutela testamentaria. 32.
Durante furore, & amentia est per Iudicem constituendus tutor, vel curator. 33.
Prodigus, & malè morigeratus non potest esse tutor testamentarius. 34.
Excommunicatus nominatim denuntiatus non potest esse tutor testamentarius. 35.
Intellige durante censura. 36.

A Personis constituentibus ad personas constituendas in testamentarios tutores gradum facimus, circa quod communiter hanc regulam statuunt DD. vt quilibet testamento tutor dari posit, qui à lege non prohibeatur. Sed quinam a lege prohibeantur, vel non prohibeantur, id est, quod specialiter venit sub hac disceptatione.

Pro quo aduerto, prohibitionem, vt quis in tutorem eligatur ex multiplici capite posse prouenire; primo ratione ætatis; secundo ratione subiectionis; tertio ratione conditionis seruilis; quarto ratione sexus; quinto ratione communionis, & indiuisionis cum bonis pupilli, ad cuius tutelam, & gubernium designatur; sexto ratione exemptionis à iurisdictione loci, in quo pupillus degit; septimo ob defectum sensuum, & læsionem potentorum; octauo ratione iuris, vel oneris cum pupillo; nono ratione alicuius censuræ Ecclesiasticæ. 1 Quilibet in testamento tutor dari potest, qui à lege non prohibeatur.

ASSERTIO I. Ratione ætatis interdicuntur

cuntur à munere tutelæ testamentariæ

2 regulariter omnes, qui non attigerint 25. annum suæ ætatis; intellige tamen quoad exercitium eiusdem tutelæ, non quoad substantiam. *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 7. nu. 18. Glosa in l. tutela in verb. ætatis ff. de tutel., Angelus, Salicetus, & alij in l. fin. C. de legit. tut., Angelus cons. 172.*

Regulariter interdicuntur à tutela quoad exercitium eiusdem, qui non attigerunt annum 25.

Ex pluribus textibus iuris ciuilis hæc nostra assertio deducitur, & primo ex §. *item maior verb. minores Instit. de excus. tut.* vbi expressè sic legitur *Minores autem 25. annorum olim quidem excusabantur; nostra autem constitutione prohibentur ad tutelam, vel curam aspirare, adeout neque excusatione opus sit*, & licet antiquitus minores permitterentur, aliorum curam, & tutelam gerere; noua tamen constitutione Iustiniani re melius considerata,

3 interdicuntur. Secundo *ex d. l. tutela ff. de tutel.*, vbi, cum dicatur, tutelam dari posse omnibus virilis sexus perfectæ ætatis, hoc intelligendum est de ijs, qui peruenerunt ad 25. annum, prout explicat *Glosa ibid in verb. ætatis*. Tertio *ex l. fin. C. de legit. hæred.*, vbi similia verba leguntur scilicet, *si masculi sint, & perfectæ ætatis*. Quarto *ex § furiosus Instit. Qui testam. tutor dar.* vbi sic legitur, *Furiosus, vel minor 25. annis tutor testamento datus tunc tutor erit, cum compos mentis maior 25. annis fuerit factus*; ex quo textu clare euincitur, quod non absolutè excluditur a tutela minor 25. annis, sed dumtaxat ab exercitio eiusdem, donec ad illam completam ætatem peruenerit. Ratio autem horum omnium ea est, quia iura in illa minori ætate non præsumunt illud maturum iudicium, & plenam deliberationem, quale, seu qualis in tanto munere desideratur, &, si ratione talis minoris ætatis interdicuntur sine certis solemnitatibus a negotijs concernentibus propriam personam, & substantiam, multo magis debent intelligi interdicti a regimine, & aliorum gubernio.

Iura euincentia assertum.

Hæc, quæ dicuntur in genere, multo magis verificantur in muliere, quæ, si fuerit minor, nullo modo potest tutelæ

4 præfici, obstante non solum ætate, sed etiam muliebri sexu; quinimmo etiam in Matre, quæ, si fuerit minor 25. annis, non potest testamento in tutricem designari, nisi ex consuetudine, vel statuto mulier maritata habeatur pro maiori, vel admittatur etiam minor per textum *in l. 1. C. quando mul. tut. offic., Paulus Christinus decis. 149. vol. 3., Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. Mater nu. 6. vers. intellige.*

Etiam mater minor interdicitur, nisi statuto habeatur pro maiori.

Assertio II. Ratione subiectionis, quam habet filius familias ad Patrem, sub cuius potestate adhuc est, si habeat

5 cæteras conditiones ad hoc requisitas, non interdicitur à munere tutelæ testamentariæ *Bartolus in l. Patre furioso ff. de ijs, qui sunt sui, vel alien. iur., Corneus cons. 17. num. 14., & 15. lib. 2., Ioannes Ramus lib. 1. de tutelis tit. 14. in princip., Montanus de tut. & curat. c. 9. nu. 2., & alij satis communiter.*

Filius familias, si habeat alias conditiones à iure requisitas, non interdicitur à munere tutelæ.

Expressè colligitur primo ex textu in §. 1. *Instit. Qui testam. tut. dar. possint*. Ibi: *Dari autem potest tutor testamento non solum Pater familias, sed etiam filius familias*. Secundo *ex l. filius familias ff. de his, qui sunt sui, vel alien. iur.*, vbi dicitur, quod, quantum ad ius publicum patria potestas non attendatur, sed *filius familias in publicis causis loco Patris familias habeatur*, & hoc exemplificatur, quando ad magistratum euehitur, vel quando tutor

6 constituitur; Nec releuat, quod arduum videatur, quod, qui alieno regitur consilio, & gubernio, ipse alios dirigat, & gubernat proprio, Non releuat, inquam, quia, cum eleuatur ad publicum officium, duplicem quodamodo personam repræsentat, alteram priuatam, & propriam, sub qua à Patre regitur, aliam publicam ratione publici muneris, sub qua alios potest regere, prout notant *Angelus, & Portius in d. §. 1. Instit. Qui testam. tut. dar. pos.*

Duplicẽ personam representat, alteram priuatã, alteram publicã.

Hac eadem ratione etiam mater, quæ

7 sit filia familias, si cæteras habeat conditiones, potest testamento dari tutrix proprijs filijs, prout ex *Barbatio cons. 11. num. 11 lib. 3., & ex Montano de tut. & curat. c. 9 num. 7., & c. 15. nu. 32.* prænotauimus, quod etiam intellige, si statutum extaret, quod mulier non possit se obligare sine præsentia patris, prout notat etiam *Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. Mater num. 6.*, quia statutum recipit interpretationem a iure communi.

Etiam mater filia familias potest esse tutrix testamentaria.

In casu autem, quo filius familias fue-

8 rit testamento datus tutor pupillis, si eius pater pro eo fideiusserit, & in se quodamodo obligationem assumpserit, tenebitur pro eodem filio in solidum; sin autem non fideiusserit, sed solummodo consenserit filio, vt tutelam assumeret, non obligabitur, nisi de peculio tantum, & in rem verso per textum *in l. Lucius Titius ff. de administ. tut., Portius in §. 1 num. 6. Instit. Qui testam. tut. dar. pos., & ibi Angelus num. 4.*

Si Pater pro filio familias instituto tutore accesserit vt fideiussor, tenetur in solidum, si vero solũ consenserit, non tenetur nisi de peculio.

Assertio III. Ratione conditionis seruilis, quousque hæc perseueret, non potest seruus in testamento constitui tutor filiorum testatoris, sed, si constitua-

tur, intelligitur actu præuio liberari à seruitute, & deinde validè tutor constitui. In hanc propendent *Glosa in §. 1. Instit. Qui testam. tut. dar. pos. in expositione casus, Montanus de tut. & curat. c. 9. nu. 16. & seqq., Decius cons. 140. num. 6., & alij magis communiter*.

9 Seruus vt talis non potest esse tutor, & si constituatur, liberatur à seruitute.

Pro clariori huius assertionis intelligentia, & probatione hæc sunt prænotanda, quod seruus sine directa libertate tutelam consequi non possit per textum *in l. in seruili C. qui dare tutor., vel curat. pos., & l. tutores 7., & l. qui tutela §. 1. ff. de testam. tut.*, atque per hæc iura liquidò euincitur prima pars assertionis. Hoc etiam videtur euinci *ex §. 1. Instit. Qui testam. tut. dar. pos.* Ibi· *Sed sciendum est, eum, & sine libertate tutorem datum tacitè libertatem directam accepisse videri, & per hoc rectè tutorem esse*, cum etenim dicat, quod ex eo, quod sit electus in tutorem, videatur libertatem accepisse, & per hoc recte fiat tutor, vtique supponitur, pro fundamento tutelæ libertatem habuisse. Rursus in eodem textu *in d. §. 1.* supponitur, quod Pater testamento constituens seruum tutorem pro filijs intelligatur tacite eidem libertatem conferre ex eo præcisè, quod cum scientia seruitutis eundem tutorem constituat, & vtique libertatem directam; qui enim vult finem, intelligitur velle etiam media necessaria ad talem finem, adeoque remotionem etiam impedimentorum ad consequendum talem finem, & per consequens ablationem seruitutis, sine qua tutela haberi non potest per allegata iura. Hoc supposito remanet etiam probata secunda pars assertionis, quod scilicet valide detur vt tutor, cum etenim supponatur in libertate constitutus, nil habet, quod obuiet assumptioni tutelæ, cum supponatur cætera habere requisita ad hoc munus. Dixi, si cum scientia seruitutis eundem tutorem constituat; *Si enim per errorem quasi liber tutor datus est, aliud dicendum est*, seu, vt explicat *Glosa ibid. in verb. dicendum est*, vt scilicet *neque sit liber, neque sit tutor*.

Iura, & rationes euincentes assertum.

Hæc omnia satis concludenter euincunt assertionem secundum omnes partes, sed procedunt dumtaxat, quando

10 testator in ordine ad filios constituit tutorem proprium seruum, quem vtique poterat manumittere. Quid vero sentiendum est, si testamento constituerit tutorem proprijs filijs seruum alienum? Tunc adhuc distinguendum videtur; vel enim constituit ignarus seruitutis, vel conscius eiusdem, si ignarus, vtique inutiliter datus intelligitur, & hoc non solum ratione defectus consensus, qui

Intellige, quando seruus est constitutus à proprio Domino tutor cum scientia seruitutis.

non fertur in incognitum, sed etiam ratione alienitatis, cum non cadat sub potestate testatoris; si conscius; etiam inutiliter datus intelligitur, non quatenus simplicitèr, & absolutè nulla sit datio, sed, quatenus licet pro tempore seruitutis non teneat, valeat tamen, si fuerit libertati donatus, prout expresisè habetur *in §. seruus autem alienus Inst. Qui testam. tut. dar. pos.*

Assertio IV. Ratione status Clericalis interdicuntur Clerici, aliæque personæ Ecclesiasticæ, ne sint tutores testamentarij (*Carolus de Graffis de effect. Cleric. effect. 16 per totum, Gratianus discept. forens. c. 57. n. 32., & c. 830. nu. 15. & seqq., Montanus de tut. & curat. c. 23. n. 37., & c. 35. reg. 1. n. 190. & seqq., Surdus decis. 207. n. 7. & seqq., & n. 22. & 23., Rota Romana in vna Romana tutelæ Lunæ 18. Maij 1609. coram Manzanedo penes Posthium de manuten. decis. 118. nu. 7., eadem Rota Romana part. 14. recent. decis. 176. num. 5. & seqq., Martha vot. Pisano 239., Castrensis in l. generaliter C. de Episc. & Cler., Aretinus cons. 26. n. 3.* 11

Interdicuntur à munere tutelæ testamentariæ Clerici, & Monaci.

Dixi, *Clerici*, quorum nomine primo veniunt Episcopi, & Monachi, prout habetur *in §. Deo amabiles auth. de Sanctissimis Episcopis*, qui nullo modo admittuntur ad tutelas; secundo Sacerdotes, & quicunque alij sacris ordinibus initiati, De alijs Clericis, vel solum tonsuratis, vel solum minoribus initiatis, non ita constans est DD. consensus, quod nequeant ad testamentariam tutelam admitti, cum eorum status non sit immutabilis, nec exigat ita vacare diuinis, sicuti tenentur Sacerdotes, alijque sacris ordinibus initiati. 12

Episcopi, Monaci, Sacerdotes, & Sacris initiati.

13 Non tamen tonsurati, & minoribus initiati.

Dixi, *testamentarij*, quia quoad tutelam legitimam, licet excludantur Episcopi, & Monaci per textum *in d. §. Deo Amabiles de Sanctissimis Episcopis*, non videntur tamen excludi alij Sacerdotes, & Clerici sæculares, vt, si voluerint eandem assumere, non possint, de qua re erit infra sermo, dum de tutela legitima. Cæterum, quod ad testamentariam nequeant vocari, præter allegatos DD. docent *Bartolus in d. §. Deo amabiles auth. de Sanctissimis Episcopis nu. 1., Abbas in c. non eo minus nu. 15. de immunit. Eccl., Bertrandus cons. 816. part. 2. lib. 2., Alciatus præsumpt. 18. reg. 3., Gutierez de tut. part. 1. c. 1. num. 30., Grassus de effect. Cleric. c. 16. à num. 1. vsq; ad 16.*, vbi asserit, quod Clericus agens tanquam tutor testamentarius reijciatur à limine iudicij; & possit ei opponi de nullitate huiusmodi tutelæ; ex quibus elicitur, quod, etiam si velint assumere, non admittantur, 14

Excluduntur etiam à munere tutelæ legitimæ Episcopi, & Monaci, non tamen alij Sacerdotes.

cur, vt ſentiunt expreſsè omnes ferè præcitati, & videtur etiam ſatis colligi ex d. textu *in §. Deo Amabiles*, vt legenti fit manifeſtum, & licet Sacerdotibus, alijſque Clericis Sæcularibus videatur ibi concedi facultas ad tutelam, hæc tamen facultas reſtringitur ad legitimam.

Deducitur vniuerſa aſſertio *ex d. §. Deo amabiles auth. de Sanctiſſimis Epiſcop.*, & rectæ rationi innititur, quandoquidem ſtatus huiuſmodi Clericorum, qui Deo vacare debent, non compatitur cum curis aſſiduis eiuſdem tutelæ.

15 Ratio, cur non permittatur Epiſcopis, & Monacis tutela legitima.

Si autem inquiratur ratio, cur Clericis Sæcularibus permittatur tutela legitima, ſi velint eam aſſumere, non autem teſtamentaria, à qua penitus excluduntur? Dicam breuitèr, hoc ex benigna legum indulgentia concedi ob ſtrictam legem agnationis, cognationis, & ſanguinis, quæ adeo indita eſt humanis cordibus, vt vix videatur poſſe auelli. Quod, ſi dicas, quod hac ratione tutela legitima negari non poſſet Epiſcopis, ac Monacis; ſtatim impugnaberis, quia Epiſcopalis cura adeo grauis, & vrgens eſt, & ſtricta erga Deum, vt non compatiatur cum cura temporali, &, cum ſit in ordine ad Deum, & ad bona ſpiritualia, præualere debet cuicumque temporali, & Monaci ex vi proprij ſtatus intelliguntur ſæculo mortui, & ſoli Deo viuere.

16 Mulieres interdicuntur à munere tutelæ teſtamentariæ.

Aſſertio V. Ratione ſexus interdicuntur mulieres à munere tutelæ teſtamentariæ. In hoc communiter conſentiunt, & communem eſſe regulam tradunt *Corneus conſ. 164. n. 2. lib. 4.*, *Decius l. 2. n. 18. ff. de regul. iur.*, *Boerius in conſuetud. tit. 1. §. 6. in verb. à ſon pere*, *Montanus de tut. & curat. c. 15. num. 20.*

Et expreſsè euincitur *ex l. fin. ff. de tut.*, vbi dicitur, quod tutela virile munus eſt, ſeu maſculorum officium, & licet

17 Excipiuntur tamē Mater, & Auia.

in auth. Matri, & Auiæ C. quando muli. tut. off. concedatur eidem Matri, & Auiæ tutela, quando teſtamentarius tutor conſtitutus non eſt ad excluſionem aliorum, ſi ipſæ velint, hoc eſt ex ſpeciali iure ratione arctæ affectionis, quæ in eiſdem præſumitur erga filios, & nepotes, & in tali caſu non ſunt teſtamentariæ tutrices, ſed tantum legitimæ per ea, quæ ſupra commendauimus.

Sed, an etiam validè Mater, & Auia poſſint conſtitui tutrices teſtamentariæ? De hoc quæſito nonnulla attigimus in

18 Etiam quoad teſtamentariam.

præcedentibus, remiſſiuè tamen ad hunc locum non negantes eaſdem etiam in teſtamento poſſe dari tutrices filijs, & reſpectiuè nepotibus non obſtante textu *in l. iure noſtro ff. de teſtam. tut.*, vbi dicitur, quod mater non poſſit teſtamento dari filijs communibus tutrix, nec à Iudice confirmari, quandoquidem iuxta *gloſam in auth. Matri, & Auiæ C. quando mulier tutel. offic. fung. pot.* diximus prædictum textum *in l. iure noſtro* intelligi correctum per illa verba. *Defuncti autem voluntatem præponi volumus; præter has autem alijs mulieribus interdicimus officium tutelæ ſubire*; dum enim dicitur, quod voluntas teſtatoris ſit præponenda, dum loquitur de Matre, & Auia, vtique ſupponit, quod maritus potuerit teſtamento aſſignare in tutricem eandem Matrem, & Auiam.

Pro pleniori tamen huius controuerſiæ notitia ad textum *in d. auth. Matri, & Auiæ C. quando mulier tut. off.* placet conſiderare, an in teſtamento Mater ſimul cum alijs fuerit tutrix conſtituta pro filijs communibus, an verò ipſa ſola; & vtique, ſi ſimul cum alijs, non videtur ambigendum, validè fuiſſe conſtitutam, non obſtante eo, quod dicitur in eodem

19 Intellige, ſiue fuerint datæ in teſtamento ſimul cum alijs, ſiue ſolæ.

textu *ſolis teſtamentarijs tutoribus eam præcedentibus*, quaſi quod, cum alij teſtamentarij fuerint dati, hi abſolutè ipſam excludant; Non, inquam, hoc obſtante, quia, cum dicitur, quod teſtamentarij eam repellunt, procedit, quando ipſa non eſt data in teſtamento, ſed remanet in puris terminis tutricis legitimæ, & hoc magis probat *Gloſa in d. auth. Matri, & Auiæ in verb. teſtamentarijs*; Si verò ſola fuerit data tutrix in teſtamento; iam non eſt dubium, quod ipſa abſolutè ſit præficienda tutelæ filiorum communium, non ſolum, quatenus ipſa legitima eſt, ſub qua ratione præfertur omnibus agnatis, ſed etiam, quatenus eſt teſtamentaria per hunc textum.

Sub hoc textu ad effectum, vt eadem Mater validè ſuſcipere poſſit tutelam, dicitur, *ſi inter geſta nuptijs alijs, & Senatus Conſult. Velleiani auxilio renuntiauerit*; circa quas particulas dubitant aliqui, an hoc onus renuntiationis alijs nuptijs, & Senatui Conſulto Velleiano fuerit contraria conſuetudine, ſeu per non vſum abolitum, de quo dubio infra erit ſermo vberimus. Id, quod in præſenti controuertendum remanet, eſt, an, ſi præſcindamus à tutela legitima, de qua videtur ſolummodo ſermo *in hac auth. Matri, & Auiæ*, & præcisè conſideremus tutelam collatam Matri in teſtamento, requiratur hæc renuntiatio, quantumuis daremus, quod quoad tutelam legitimam hoc onus renuntiationis per non vſum non ſit abolitum? Circa quod aduertendum eſt, an ſit à patre, ſeu reſpectiuè marito conſtituta tutrix etiam in caſu ſecundarum nuptiarum,

an verò simpliciter tutrix nulla facta mentione earundem secundarum nuptiarum. Iuxta primum sensum non videtur dubitandum, quod non requiratur hæc renuntiatio, quandoquidem, ex quo pater illam elegit simplicitèr etiam posita qualitate secūdarum nuptiarum, non est opus, quod cedat illi qualitati, cum qua ex voluntate testatoris potest in tutela perseuerare; potuit enim pater quamcunque legem voluerit iuri non repugnantem pupillis, & rebus suis statuere; Neque dicas, quod iura transeunte vxore ad secundas nuptias obsistant retentioni tutelæ *in l. lex, quæ tutores §. lex etiam C. de adm. tut.*, adeoque, quod Pater contra dispositionem earundem non potuit illam qualitatem remittere; contra enim impugnaberis, quia iura procedunt solummodo, vel quoad tutelam legitimam, vel quando aliter non est dispositum a testatore, qui, vt asserebam, potest quamcunq; legem pupillis, & rebus suis statuere, & sicuti ex dispositione legis tutor, qui satisdare tenetur rem pupillam saluam fore finita tutela, ad hoc onus non tenetur, quando a testatore fuit liberatus per ea, quæ communiter tradunt DD., qui etiam hoc statuunt, quando præcisè constitutus est tutor testamentarius, cum per eundem testatorem censeatur approbatus pro legali &c. *Otnotimus §. 1. Instit. de satisdat. tut. num. 10. & seqq.*, *Montanus de tut. & curat. c. 9. n. 67.*, *& c. 32. reg. 7. n. 76. & seqq.*, *Paulus Christinus decis. 156. nu. 4. & seqq. vol. 3.*, *& ad leg. municip. tit. 19. art. 10.*; ita &c. Iuxta secundum sensum probabilius arbitror, requiri huiusmodi renuntiationem, quandoquidem tutrix etiam testamento data conuolans ad secunda vota amittit tutelam per ea, quæ docent *Boerius decis. 124. nu. 12.*, *& decis. 266. nu. 4. idem in consuetud. tit. 1. §. 6. verb. a son pere*, *Ioannes de Garon. in auth. eisdem n. 43. C. de secundis nupt.*, *Mysinger. cent. 3. obseruat. 83.*, ergo extante lege, quod vxor in susceptione tutelæ debeat renuntiare secundis nuptijs, & Senatus Consulto Velleiano, vt validè assumat, debet etiam renuntiare in casu, quo esset vxor testamentaria tutrix, quandoquidem etiam vt talis per transitum ad secundas nuptias amittit ipso iure tutelam.

20 Vxor cōstituta à marito tutrix testamentaria etiā in casu secundarum nuptiarum non tenetur renūtiare secundis nuptijs.

21 Secus, si fuerit simplicitèr constituta tutrix testamentaria.

Neque obstant ea, quæ mox dicebantur, quod scilicet ex eo, quod in testamento fuerit in tutricem electa, videatur approbata pro fideli, idonea &c., adeoque non indigeat renuntiatione, sicuti ex eo, quod quis fuerit tutor testamentarius constitutus non tenetur satisdare, sicuti tenentur alij, qui non sunt tales, quandoquidem ille habetur à testatore, vt approbatus pro fideli &c. Non, inquam, obstat, quia approbatio facta per testatorem, quando aliter non constat, intelligitur esse secundum dispositionem iuris, & secundum præsumptam voluntatem eiusdem testatoris; ius autem disponit, quod mulier, vt validè suscipiat tutelam, teneatur renuntiare, nec potest efficaciter præsumi, quando aliter non constat, quod testator voluerit, vt mulier transiens ad secunda vota retineat tutelam filiorum suorum propter pericula &c. Ad ea, quę ex paritate afferebantur de tutore testamentario, qui non tenetur satisdare, respondendum est, non facere ad rem præsentem, quandoquidem iste intelligitur simplicitèr electus sine vlla, vel expressa, vel tacita exceptione habita fide personæ, nec in eodem præsumitur mutatus status, vxor autem supponitur electa, nō quidem simplicitèr, & quomodocunq; sed quatenus statum non mutauerit, vnde, si mutauerit, non est præsumendum, quod voluntas testatoris fuerit ad illum statum mutatum extensa, & protracta, cum nec iura protrahant.

Approbatio per testatorē, intelligitur secūdum dispositionem iuris.

Assertio VI. Ratione indiuisionis bonorum, quam quis habet cum pupillis, non repugnat, quin testamento idem possit constitui tutor eorundem pupillorum, si testator nouerit eandem indiuisionem, secus, si eandem non nouerit. In hanc opinionem potissimum quoad primam partem propendent magis cōmunitèr *Bartolus in auth. minoris n. 11. & 12. C. qui dare tutores*, *Angelus in §. actionum nu. 33. Instit. de act.*, *Barbatius cons. 61. nu. 15. & 16. lib. 3.*, *Socinus Iunior cons. 5. n. 1. lib. 4.*, *Gualdensis in tract. cautel. vltim. volunt. tit. de tutore caut. 1.*, *Montanus de tut. & curat. c. 9. n. 72.* Quoad secundam *Barbatius ind. auth. minoris num. 12.*, *Montanus loc. quo supra vers. sin autem testator, & alij.*

22 Qui habet bona indiuisa cum pupillis potest eorundem esse tutor testamentarius.

Dixi, *testamento*, quia de legitimis, & datiuis tutoribus aliter videtur phylosophandum, prout notat *Glosa communiter approbata in l. quod res C. de excusat. tut.*, propter eam rationem, quia in tali indiuisione resultat quasi quoddam debitum, & creditum, cum oriatur quidam contractus producens obligationem, & actionem communi diuidendo; creditor autem, vel debitor nequit esse tutor legitimus, seu datiuus in exercitio, de quo sermo erit infra.

23 Non tamen legitimus, & datiuus.

Ratio primæ partis ex eo desumitur, quia, cum testator habens plenam noti-

tiam

tiam indiuisionis bonorum electi cum minoribus ipsum eligit, & approbat non obstante tali indiuisione, videtur absolute fidere eius personæ, ipsiusque fidẽ approbare per textum *in l. tres tutores §. fin. ff. de administ. tut.*, & hoc non generaliter, sed specialitèr per textum *in §. 1. Instit. de satisdat. tut.*; vnde etiam per ea, quæ supra commendauimus, testamentarij tutores satisdare non coguntur, prout notat *Vulpianus in l. testamento ff. de testament. tut.*, ergo stante tali notitia, & electione facta per testatorem sic electus non erit repellendus; Nec obstat *Nouella Iustiniani 72.*, in qua videtur reijcere habentes indiuisionem bonorum cum pupillis à tutela; Non obstat, inquam, quia ibi ipse non loquitur de testamentarijs, sed solummodo de legitimis, quorum fides, licet etiam à lege approbata videatur, non est tamen specialitèr approbata, sed ad summum generalitèr; inter approbationem autem generalem, & specialem maxima est quoad hunc effectum differentia, prout notat *Portius Instit. de satisdat. tut. n. 2.*

Est eius fides per testatorẽ approbata.

Ratio secundæ partis ex eo desumitur, quia licet illa persona habens indiuisionem bonorum cum pupillis intelligatur approbata a testatore, non intelligitur tamen approbata cum illa qualitate indiuisionis bonorum, quia illius habere notitiam non supponitur, ergo obstante illa qualitate, propter quam à iure reijciuntur, habentes eandem non erunt admittendi. Confirmatur ex ijs, quæ docent *Cinus in l. si quis testibus in octaua quæst. C. de testib.*, & *Paulus de Leaz. in c. testimonium de testib.*, quod scilicet testes instrumentarij, licet videantur non posse repelli, quia eorum fides videtur approbata à partibus, hoc tamen fallit, quando non apparet da scientia partium, quod nouerint illorum defectum, quia ignorans non videtur approbare *l. in repudianda ff. de acq. hæred.*

24 Non sustinetur tutor testamentarius, si testator ignorauerit indiuisionẽ.

Ex his deduces, quod, si Pater aliquem ex filijs proprijs, qui iam excesserit annum 25. in tutorem aliorum filiorum suorum pupillorum, seu impuberum dederit, eiusdem datio sustineatur, quantumuis datus habeat bona indiuisa cum cæteris fratribus, quia, cum Pater nouerit huiusmodi indiuisionem, per eiusdem electionem videtur plenè approbasse eiusdem fidem, & industriam.

Assertio VII. Ratione iuris, & oneris, seu crediti, & debiti, quod quis habet cum pupillis, non repugnat, quin idem in testamento constituatur eorum tutor, si constituens fuerit conscius eiusdem iuris, & oneris, secus, si fuerit ignarus. Ijsdem ferè patronis quoad vtramque partem approbatur, & defenditur, quibus præcedens assertio, eisdem iuribus, & rationibus innititur, & corroboratur.

25 Creditor, & debitor potest esse tutor testamentarius, si testator hoc nouerit.

Solum aliqua difficultas videtur esse in eo, quod *in auth. vt sine probibitione in princip.*, & *nouella Iustin. 94.* videantur matres, & auiæ debitrices pupillorum posse assumere eorundem tutelas, quod propterea non videtur extendi ad alios, si fuerint debitores. Sed hoc obesse non potest, quia præfata iura procedunt dumtaxat de tutelis legitimis, & datiuis, non autem in testamentarijs, in quibus testator approbauit fidem personæ electæ non obstante illa qualitate debitoris, vt supra. Neque obstare posse videntur ea, quæ habet *Glosa in d. auth. minoris*, & *in corpore vnde sumpta est*, dum asserit, quod *d. auth. vt sine probibitione in princip.*, in qua solum Matri, & Auiæ permittitur tutela, quantumuis fuerint debitrices pupillorum, procedat etiam quoad tutelam testamentariam, & quamuis in hac fides electi videatur approbata à testatore, ea tamen approbatio ad aliud non referatur, quam ad satisdationem, à qua liberatur per testatoris approbationem, & sic hæc tutela, quantumuis testamentaria, in ordine ad debitores non potest alijs adaptari, quam Matri, & Auiæ, atque hoc etiam tenuit *Dinus cons. 38.*, *Azo Bonon. in summa tit. Qui dari tut. pos.* Non, inquam, obstare posse videntur, quia, cum testator nouerit per se electũ ad tutelam propriorum filiorum in testamento esse debitorem eorundem, & nihilominus sine vlla exceptione elegerit, videtur eius fidem etiam approbasse non obstante tali qualitate debitoris; vnde gratis omnino dicitur, quod ea approbatio solum referatur ad satisdationem, à qua electus liberetur, & sicuti, quia præsumitur nouisse electi fidem, & industriam illum approbando, censetur remisisse onus satisdationis, ita, quia supponitur nouisse qualitatem debitoris, & nihilominus elegit, intelligitur illam qualitatem remisisse, eaque non obstante ipsum voluisse tutorem.

Soluuntur rationes contrariæ.

Assertio VIII. Ratione exemptionis à iurisdictione loci, in quo degunt pupilli, non repugnat, quin quis possit in testamento dari tutor pupillis, qui degunt in tali loco, vnde ciuis alterius ciuitatis potest constitui tutor testamentarius pupillorum degentium in hac Ciuitate Mediolani. Consentiunt *Montanus de tut. & curat. c. 9. nu. 22. Glosa in l.*

26 Ciuis alterius ciuitatis potest esse tutor pupillorum hic degentium.

Di-

Dinus ff. de tut. & curat. dat. ab his, Bartolus in l. quæro ff. de testam. tut.

Expresè colligitur *ex d. l. quæro ff. de testam. tut.*, nec potest esse aliquod repugnans, non defectus iurisdictionis, sicuti fortè contingeret in tutela datiua, quæ, cum debeat esse à Iudice, non potest hic suam iurisdictionem prorogare extra territorium, *Salicetus in l. 2. C. Qui dar. tutor.*, *& l. naturali ff. de confir. tut. l. si vt proponis, & ibi optima Glosa C. de confirm. tut*; nam in testamentaria constituens est ipse testator, qui plenam habet potestatem in liberos, & bona sua, quam propterea transferre potest in quemcunque voluerit; Non distantia locorum, quia potest tutor electus se transferre, quotiescunque oportuerit, ad locum &c., & præcipuè in ordine ad bona potest per alios sibi bene visos tutelam administrare.

Verum tamen est, quod sic electus poterit facilius se excusare, præcipuè in ordine ad bona, quæ pupilli habent in locis distantibus, si tamen hoc præstet intra quinquagesimum diem ab habita notitia electionis, vnde, si intra tale tempus se excusauerit, liberabitur ab administratione per textum *in l. illud ff. de excus. tut.*, quod, si intra tale tempus excusationem non adduxerit, non erit amplius locus excusationi.

27 Tutor sic electus potest alium sibi beneuisum in œconomum, & administratorē eligere.

Verum tamen est, quod, si propter latè diffusum patrimonium Prætor prouinciæ, vel alius Iudex competens nouerit ipsum insufficientem ad omnia negotia peragenda, poterit alium curatorem eidem adiungere per textum *in l. testamento C. de excus. tut. l. illud, & l. propter litem §. licet ff. de excusat. tut.* Quoad hoc tamen arbitrarei eundem tutorem testamentarium sic electum posse alium sibi bene visum in Æconomum, & administratorem eligere.

28 Mutus non potest esse tutor testamentarius.

Assertio IX. Ratione defectus sensuum mutus non potest tutor testamentarius constitui *Montanus de tut. & curat. c. 9. n. 34. & seqq., & c. 23. n. 24. c. 30. n. 25. 40., & 43., Michalor tract. de cæcis, mut., & Surd. q. 55. per tot., Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. mutus nu. 2., Baldus in rub. Instit. de tutel., Portius in §. 1. Instit. num. 4. qui test. tut. dar. pos.*

29 Quisnam veniat nomine muti quoad hunc effectum.

Nomine autem muti hic non intelligo eum, qui balbus est, vel lingua hæsitante, sed eum, qui penitus elinguis est, & nihil eloqui potest, vel, si loquitur, ita loquitur, vt penitus non intelligatur, prout notat *Montanus d. c. 9. n. 35. vers. quæ tamen intelligenda sunt.*

Expressus est textus quoad hoc *in l. 1. §. mutus ff. de tutel.* Ibi- *Mutus dari non potest* addita etiam ratione, *quoniam auctoritatem præbere non potest.* Id ipsum habetur *in l. fin. ff. de legit. tut.* Ibi- *Surdus, & mutus, nec legitimi tutores esse possunt, cum nec testamento, nec alio modo vtiliter dari possint.*

Hic oritur difficultas, an, si quis non mutus a testatore electus susceperit tutelam, & deinde ex accidenti mutus euaserit, desinat esse ipso iure tutor? Videtur prima fronte negatiuè respondendum, prout sentit *Glosa in l. vbi non voce ff. de reg. iur.*, quæ ad hoc multis rationibus mouetur, quæ tamen in vnum coincidunt, quod scilicet facilius conseruatur in esse productum, quam, si de nouo deducatur, & plura impediunt quid ab initio, quæ non tollunt iam factum *l. in ambiguis §. non est nouum, & ibi Decius ff. de reg. iur.* His tamen minimè obstantibus sentiendum est, tutorem sic per testatorem electum ipso iure desinere talem esse *Bartolus, & Glosa in d. l. 1.* 30 Si mutus euadat post susceptam tutelam reijcitur à tali munere.

§. vlt. ff. de tutel., Montanus de tut. & curat. d. c. 9. nu. 38 & seqq. Ratio autem ea est, quia illud impedimentum defectus loquelæ superueniens inhabilem reddit ad administranda negotia tutelæ, &, cum ius tutelæ potissimum respiciat exercitium, & administrationem in fauorem pupilli, & non sistat in iure præciso, non videtur posse firmari in eo, qui impotens est ad tale exercitium, & administrationem. Adde, quod, vbi res deuenit ad eum actum, in quo non posset tutela incipere, absolute vitietur, cum deficiat causa finalis a iure maxime considerata, vt in præsenti hypothesi verificatur. Neque vim aliquam faciunt, quæ ex aduerso adducebantur, quandoquidem, licet illa in plerisque subsistant, & verificentur, non tamen videntur habere vim in ordine ad ea munera, quæ potissimum respiciunt actionem, & exercitium, quia tunc deficiente causa finali, ob quam talia munera sunt concessa, deficiunt quoque eadem munera.

Hac eadem ratione, qua mutus nequit esse tutor testamentarius, neque surdus potest constitui, prout colligitur *ex d. l. 1. §. mutus ff. de tutel., & l. fin. ff. de legit. tut.* Intellige etiam hoc, quando est simpliciter surdus, idest nihil prorsus audiens, secus, si tantum surdaster, siue minus audiens, prout sentit *Paulus in l. vlt. ff. de legit. tut., & Portius in l. 2. C. qui morb. se excus.*, & etiam superueniens vitium surditatis remouet a tutela per textum *in l. post susceptam ff. de excus. tut.*, cum versemur in personalibus muneribus, quæ potissimum consistunt in exercitio per textum *in l. 1. §. illud ff. de muner.*

31 Etiam Surdus reijcitur.

&

& *honor.*, ad quod exercitium non solum requiritur loquela, sed etiam auditus, vt colligitur *ex d. l. 1. §. mutus ff. de tutel.* Quamuis autem huiusmodi surditas remoueat à personalibus muneribus, cuiusmodi est tutela, non remouet tamen à patrimonialibus, vt dicit *Glosa ind. l. 1. in verb. surdum ff. de tutel.*

32 Furiosus, & amens excluditur à tutela testamentaria.

ASSERTIO X. Ratione potentiarum læsarum furiosus durante furore, & amens durante dementia non potest dari tutor in testamento. Consentiunt *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 6. num. 2., & 13., Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. tutela num. 4. vers. possunt tamen omnes, Oinotimus in §. permissum Instit. de tut.*

Dixi, *durante furore, vel dementia*, pro quo aduerte, quod duobus potissimum modis posset contingere, quod furiosus, vel demens possit constitui tutor in testamento, vel quatenus testator dixerit expresse, quod tunc solummodo fiat, & sit tutor, quando erit compos mentis, vel quatenus purè, & simpliciter ipsum constituerit tutorem. Iuxta primum sensum non est dubium, quod durante furore, vel amentia non fit tutor, non solum, quia est inhabilis ad hoc munus, vt infra ostendetur, sed etiam, quia pro illo tempore non est constitutus tutor, cum voluntas constituentis referatur dumtaxat ad tempus post sedatum furorem, & amentiam. Iuxta secundum sensum dissident non modicum DD., an illa datio sit absolutè irrita, cum electus pro illo tempore, quo electus est, sit inhabilis ad illud munus, an verò ita intelligenda sit data, cum sanæ mentis esse cœperit, adeout non sit simpliciter irrita, sed eius effectus referatur, quando electus ad bonam frugem, & rectam mentem redierit. Qua in difficultate negat Proculus illam dationem validam esse, affirmat verò Pomponius in eo scilicet sensu, prout refertur ad tempus sanæ mentis, & paccatæ; cui secundæ opinioni, vt post magis iuribus, & rationibus conformi adhærendū existimo. Assertio procedit in eo sensu, vt electus non possit fungi munere tutelæ pro tempore, quo furore vexatur, vel dementia premitur, quæ sic

Quomodo intelligenda sit assertio.

Probatur. Furiosus, & amens, qua tales sunt, in effectu sunt incapaces rectæ administrationis actiuæ, & politici regiminis, vnde eisdem per iura decernuntur curatores, cum habiles se regendi, resque suas non præsumantur, ergo, qua tales sunt non poterunt fungi munere tutelæ; nam habiles regendis rebus alienis reputari nequeunt, qui sunt inhabiles ad regenda propria. Confirmari potest ex textu *in l. furiosus ff. de tutel. & §. furiosus Instit. Qui testam. tut. dar. possunt*, in quo vtroque textu dicitur, quod furiosus datus tutor in testamento, tunc erit tutor, cum compos mentis fuerit factus, ergo, quousque non fuerit factus talis, non erit tutor.

Rationes pro assertione.

Ex quibus fas erit deducere id, quod supra innuebamus, quod scilicet tutor datus simpliciter in testamento, si fuerit furiosus, non sit simpliciter inutiliter datus, adeout nec teneat à principio datio, nec conualidetur cessante furore, vel amentia, sed ita datus, vt quamuis ab initio durante furore, & amentia non possit fungi tutelæ munere, eodem tamen fungi possit, si essent, & datus factus fuerit compos mentis.

Sed quid agendum erit in ordine ad pupillos interim, ac electus per Patrem in testamento restituatur sanæ menti? An tunc administrabit legitimus tutor? An verò constituendus erit datiuus per Iudicem? An tandem curator decernendus? Arbitror non esse locum legitimo, sed per Iudicem constitui debere tutorem datiuum, vel curatorem, prout docent *Phylippus Corneus conf. 184. in præsenti consultatione per totum lib. 3., Gutierez de tutor. & curat. part. 1. c. 7.*, & hoc videtur deduci *arg. textus in l. 1. §. si apud hostes ff. de legit. tut.*, vbi, si tutor aliquo impedimento detineatur, non fit locus proximiori, cui de iure deberetur, sed aperitur datiuo, quia spes primi facit nō deferri tutelam ad sequentem. Quin immò in hac hypothesi plerique, nec incongruè, volunt propriè pro illo tempore intermedio non dandum esse tutorem, sed præcisè curatorem per regulam, quæ habetur *in §. interdum Instit. de curat.*, quod scilicet tutorem habenti non detur tutor, sed curator, quod expressius habetur in textu *in l. non solum §. si libertus ff. de excus. tutor.* In suppositione autem, quod tutor interim esset constituendus, videntur ijs, quæ modo diximus, obstare ea, quæ supra dicebamus, nempe, quod in concursu tutoris testamentarij, legitimi, & datiui præferendus sit testamentarius legitimo, & legitimus datiuo, ergo etiam in præsenti hypothesi aperietur locus legitimo, non datiuo. Sed facili negotio hæc possunt dissolui, si dicatur, ea, quę supra dicta sunt, procedere dumtaxat rebus consideratis secundum se, & in abstracto, quando adhuc tutela non fuit alicui assignata in individuum; hic autem supponitur, quod per testatorem fuerit collata tali furioso, qui quoad habitum illam retinet, licet non exer-

33 Durante furore, & amentia est per Iudicem dandus tutor, vel curator.

Soluuntur rationes oppositæ.

exercere valeat quoad actum propter impedimentum furoris, & amentiæ; stante autem tali retentione quoad habitum iura deferunt Iudici potestatem consulendi eisdem pupillis quoad administrationem bonorum eorundem, qui propterea attento munere sibi per iura commisso debent decernere, quod pupillis magis expedire videbitur etiam omisso proximiori in gradu, prout contra *Spinum in suo specul. testam. glosa 19. sub nu. 14 Ibi quando mater est minor* docet *Ioannes Gutierrez de tutor. & curat. part. 1. c. 7. n. 37.*, qui tamen consulit, vt Iudex proximiorem idoneum constituat, quamuis asserat, ad hoc non teneri. Ad hæc omnia confirmauda plurimum confert textus *in l. si quis sub conditione ff. de testamentaria tutela*, vbi, quod, quandiu testamentarius speratur, cesset legitimus.

Assertio XI. Ratione morum prodigus, & malè morigeratus non potest te-

34 Prodigus, & male morigeratus non potest esse tutor testamentarius,

stamento dari tutor pupillis *Socinus Iunior cons. 59. circa primum num. 41. lib. 3., Antonius Piaggius de tut. & curat. q. 3. num. 62., Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 7. nu. 15. & 16.*

Prima pars quoad prodigum ex eo liquet, quia prodigis dantur curatores, cum regulariter furiosum habeant exitum per textum *in l. his qui §. Diuus ff. de tutor. & curat. dat. ab his*; Quomodo ergo ijs (*loquor in terminis l. fin. in verbis cui enim C. de legit. tutor.*) ferendum est eosdem esse tutores, & sub tutela constitui? eosdem esse curatores, & simul sub cura agere? *Hæc certè* (subdit eadem lex) *& nominum, & rerum fœda confusio est*; Nec obstare posse videtur, si asseratur, hæc omnia procedere dumtaxat quoad tutores legitimos, non autem quoad testamentarios, cum testator ipsos constituendo videatur simpliciter eorum fidē

Rationes pro asserto.

approbare, Non, inquam, obstare posse videtur, quia, cum qualitas, & vitium prodigalitatis talis, vel tale sit ex genere suo, vt trahat ad profusionem bonorum, præsumitur ad summum, quod testator eam tutelam eidem contulerit pro tempore, quo a prodigalitate cessarit ad normam eorum, quæ dicta sunt de furioso, & amente, non simpliciter, vt valeret pro tempore, pro quo est data; non enim præsumendum est, quod voluerit ad huiusmodi profusionem concurrere, & occasionem eiusdem conferre. Deinde directè talis datio prodigi videtur obstare naturæ, & conditioni tutelæ, cuius præcipuum munus est tueri bona, & personam pupilli, cuius custodiæ tutor destinatur; quomodo autem præsumendum est, quod, qui sui, rerumque suarum curam non habuit sit alterius curam habiturus? Hanc rationem potissimum considerauit *Socinus Iunior, & Antonius Piaggius loc. in assert. allegatis.*

Secunda pars potissimum eruitur ex textu *in l. suspectum ff. de suspect. tutor.*, vbi suspectus dicitur tutor ex moribus, non ex diuitiarum defectu, quod idem habetur *in §. fin. Instit. de suspect. tut.*, vbi mali mores, non paupertas faciunt tutorem suspectum; atque hæc morum prauitas videtur etiam obstare naturæ eiusdem tutelæ, quæ potissimum, cum sit in ordine ad personam pupilli, ad honestam scilicet educationem, & conseruationem, non videtur posse compati cum tutore malè morigerato, & perditis moribus eiusdem. 35

Assertio XII. Ratione censuræ Ecclesiasticæ excommunicatus nominatim denuntiatus non potest dari tutor in testamento *Decius in c. intelleximus n. 56. de iudicijs, Lanfrancus in repet. c. quoniam contra c. 4. num. 17. de probat., Montanus de tutor. & curat. c. 9. num. 74.*

Excommunicatus denuntiatus non potest esse tutor testamentarius.

Ratio ex eo deduci potest, quia, cum interdicamur communicare cum excōmunicatis, & excommunicati prohibeantur nobiscum communicare, non videntur ijdem excommunicati posse tutelam exercere, cum nequeant auctoritatem interponere, vt signanter notauit *Lanfrancus loc. quo supra.*

Hic solum oritur difficultas, an datio excommunicati nominatim denuntiati sit simpliciter, & absolutè nulla, an verò solummodo talis sit, vt quamuis in effectu quoad exercitium locum non habeat durante excommunicatione, cessante tamen eadem per absolutionem incipiat in ipso locum habere? Videtur 36 dicendum esse simpliciter, & absolutè nullam, quia, cum excommunicatus sit incapax cuiuscunque muneris publici, nec actus iurisdictionis valeat exercere, non videtur quomodo in ipso radicari possit huiusmodi tutela, quando per testatorem ad eandem fuit deputatus, quæ propterea non videtur desinente excommunicatione posse in ipso conualidari, cum in initio non inuenerit fundamentum, in quo potuerit radicari, & propterea in ipso stationem figere non potuit etiam quoad habitum, qui est radix actualis exercitij futuri. His tamen minimè obstantibus probabilius arbitror, excommunicatum cessante excommunicatione incipere esse tutorem, eo modo, quo furiosus, & minor cessante furore, & minoritate incipiunt esse

Intellige durante censura.

tuto-

tutores *Hieronimus Gigas in tract. de pens. q.32. n.7.*, dum dicit, quod excommunicatus tutor, & curator esse non potest, hoc est exercere tutelam, & curam durante excommunicatione, quæ verba inferunt, quod non sentiat, talem dationem esse simplicitèr irritam, sed talem esse, vt elapsa excommunicatione validè in ipso incipiat etiam quoad exercitium, & administrationem. Idipsum sentit *Borgninus Cavalcanus de tut. & curat. num.* 290. Neque obstant ea, quæ ex aduerso afferebantur, quandoquidem excommunicatum, nisi fuerit ex causa hæresis, posse facere quoscunque contractus, testari, & bona, & iura retinere, & relegato solummodo æquiparari docent *Glosa, & DD. in §. minor Instit. de cap. diminut.*, *Iason in l. fin. col. 3. vers. tu aduerte, si excommunicatus num. 7. C. qui admit.*, *Suarez in suis commun. opin. in verb. excommunicatus num.* 195.; vnde non potest dici incapax cuiuscunque muneris, & propterea, nec tutelæ.

PRÆNOTIO VII.

Quibusnam possint testamento dari tutores.

SVMMARIVM.

Regularitèr tutores non dantur, nisi impuberibus. 1.
Etiam impuberibus inuitis, inscijs, & absentibus possunt tutores dari. 2.
Curatores regularitèr non dantur inuitis. 3.
Rationes, propter quas curatores non possint dari inuitis, benè tamen tutores. 4.
Quandoque tamen curatores dantur inuitis, & quando. 5.
Absente tutore ex causa Reipublicæ, quandonam possit substitutus dici tutor, vel curator. 6.
Prodigo, furioso, & mentecapto inuitis possunt dari curatores. 7.
Etiam tutores inuiti possunt constitui. 8.
Filijs emancipatis possunt per Patrem tutores constitui, indigent tamen confirmatione. 9.
Tutor à Patre datus filio emancipato, & à Iudice confirmatus secundum aliquos dicitur datiuus. 10.
Congruentius tamen dicitur testamentarius. 11.
Pater nequit filio suo illegitimo, & naturali testamento dare tutorem, nisi illum hæredem instituat, vel aliquid eidem relinquat. 12.
Ventri prægnanti secundum communem consensum non potest tutor constitui, sed contrarium etiam potest sustineri. 13.
Arguitur Montanus in hoc de inconsequentia. 14.
Si testator dederit filijs tutelam extenditur etiam ad filias, & ad posthumos, & si dederit filio extenditur ad omnes. 15.
Extantibus pluribus filijs ex eodem Patre quorum alij sint impuberes, alij puberes tutor indefinitè datus à Patre filijs non extenditur ad puberes, & in ordine ad puberes, si fuerint minores, tutela resoluitur in simplex gubernium. 16.
Non currit paritas de tutela datiua, & testamentaria. 17.
Si Pater liberis suis testamento tutores dederit, censetur, & nepotibus consuluisse, modo isti in potestatem Patris non sint relapsuri. 18.
Matri familias non potest testamento tutor constitui. 19.
An, & quomodo possit seruo tutor testamento constitui. 20.

COnsiderato, quinam dare possint tutores in testamento, & quinam dari, recto ordine procedentes inquirendum proponimus, quibusnam dari possint; sub quo titulo plura veniunt examinanda, & primo, an a Patre filijs etiam inuitis possit tutor in testamento constitui; secundo, an filijs etiam emancipatis; tertio, an etiam filijs naturalibus; quarto, an etiam ventri prægnanti; quinto, an etiam filiabus, quando dictū fuit filijs, an etiam omnibus, quando dictum fuit vni &c.; sexto, an existentibus pluribus filijs eiusdem testatoris, quorum aliqui sint puberes, alij impuberes, tutor indefinitè datus filijs intelligatur extendi ad omnes, an verò dumtaxat ad impuberes; septimo, an etiam nepotibus, & quibus &c. Alia occurrent ad hanc materiam pertinentia dirimenda, & præcipuè, an seruo, an matri familias, & an filio adoptiuo, & his similia. *Articuli examinandi.*

ASSERTIO I. Regularitèr tutores non dantur, nisi impuberibus *Decius in l. quo tutela §. nemo ff. de reg. iuris l. curator ff. de tut. & curat. dat. ab his*, *Montanus de tut. & curat. c. 24. n. 1. & seqq.*, *& c. 29. num. 31.* *Ripa in l. 1. §. fuit quæsitum n. 26. ff. ad Trebel.*, *& alij communiter.* 1 *Regulariter non dantur, nisi impuberibus.*

Probatur primo ex vna ex præcipuis differentijs, quam constituunt DD. inter tutores, & curatores, quod illi dentur impuberibus, isti puberibus per ea, quæ notant *Montanus de tut. & curat. c. 29. num. 31.*, *Decius in l. quo tutela §. nemo ff. de reg. iur.* Secundo ex alia differentia, quæ inter eosdem versatur, nempe, quod tutela finitur anno ætatis pupilli 14. & 12. in fœminis *l. 1. C. quando tut. & curat.*

Rationes pro communi asserto.

esse desin. Instit. Quib. mod. tutel. fin. in princip. curatio verò nisi anno 25. §. 1. *Instit. de curat. l. 1. ff. de minor.* Tertio ex *§. permissum Instit. de tutel.* Ibi- *Permissum est parentibus liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare,* quem textum explicans *Glosa ibid. in verb. tutores* dicit, *sed non curatores*, quasi, quod isti impuberibus non dentur, quod clarè colligitur *ex §. masculi Instit. de curat.*, vbi curatores dantur adultis vsque ad 25. annum completum; & licet, quandoque etiam pupillis curatores constituantur, vt videre *est in §. quod si tutor Instit. de Curat.*, hoc tamen non officit nostræ assertioni, quia hoc tantum est in supplementum tutoris, quando infirmitate, vel alia necessitate impeditur, vt ex eodem textu apparet. Quarto ex definitione tutelæ per illas particulas *ad tuendum eum, qui se per ætatem defendere nequit*, quæ indicant ætatem imbecillem, quæ est impuberum; vnde etiam tutela datur principalitèr personæ, quæ propter imbecillitatem naturæ, & iudicij indiget regimine, & gubernio; Quod, si dicatur, quod etiam in ordine ad furiosos, & mente captos curatores dentur etiam specialitèr personæ; hoc non officit nostro asserto, quandoquidem hoc non est ex genere suo, nempe curationis, sed præcisè ratione subiecti, & non datur propter ætatem, sed propter furorem.

Ex quibus poteris deducere primo, quod, quotiescunque quis constituitur præcisè ad rerum administrationem, non ad personæ tutelam, seu minus principalitèr ad ipsam, non dicatur propriè tutor, sed curator, quamuis promiscuè vnus pro altero vulgari nomine accipiatur. Secundo, quod furiosis, surdis, mutis &c., qui sint impuberes rectè quidem, & propriè dentur tutores; si verò fuerint adulti, non nisi curatores illis constituantur. Tertio, quod licet, quando quis deputatur tanquam curator mentecapti, & furiosi, videatur deputatus ad personam eorundem, cum potissimum indigeant gubernio, & regimine, non propterea egrediatur limites curatoris, nisi illi fuerint impuberes, quia licet deputetur ad personam etiã, non deputatur ad illam, nisi in consequentiam deputationis rerum.

2 Etiam impuberibus inuitis inscijs, & absentibus possunt tutores testamento constitui.

Assertio II. Rectè in testamento constituuntur filijs impuberibus etiam inscijs, absentibus, & inuitis tutores *Montanus de Tut. & Curat. c. 9. nu. 21. & in c. 29. n. 16., Osascus decis. Pedemont. 89. n. 1., Angelus in §. permissum n. 6. Instit. de tutel., Minsingerius cent. 2. obseruat. 31.*, qui omnes hanc differentiam agnoscunt inter tutores, & curatores, quod tutores dentur pupillis etiam inuitis, non sic curatores.

Expressè deducitur ex textu *in l. illud, & l. nec non ff. de tut. & curat. dat. ab his*, vbi non solum absenti, & ignoranti datur tutor, sed etiam inuito, quibus iuribus consonat *Glosa in d. §. permissum Instit. de tutel. in verb. impub.* per textum *in l. muto ff. de tutel.* Ad hoc maximè conferre videtur id, quod habetur *in l. 2. ff. de tutel.*, vbi dicitur, quod non sit exigendum à pupillo, vt sibi tutorem petat, & id, quod habetur *in l. 2. C. quando tut. & curat. esse desin.*, vbi dicitur, quod tutoris officium sola pupilli voluntate non finiatur; si enim ipso inuito etiam perseuerat, non est, cur ipsi inuito non possit conferri.

Iura, quibus assertum innititur.

Si autem inquiratur ratio, cur tutores pupillis possint dari etiam inuitis, non sic curatores adultis? &c. Aduerto in primis, quod curatores non dentur inuitis, regularitèr procedere; in multis tamen casibus specialibus circunstantijs interuenientibus, de quibus infra, potest talis ratio concurrere, vt inuitis etiam adhibeantur. Deinde respondeo plures rationes diuersitatis assignari à *Baldo, Othomano, & Mysingerio, & Siluestro in §. dantur Instit. de curat.*, quas benignus Lector poterit apud eosdem videre. Ioannes *Gutierez de Tut. & Curat. part. 1. c. 19. de curat. adult. n. 29.* hanc vnam adducit, quam vocat veram, genuinam, & germanam, quod scilicet lex 12. tabularum tribuens facultatem Patri constituendi filijs suis tutorem loquatur dumtaxat de tutela in ordine ad filios impuberes, & quod propterea nequeat prorogari ad curam adultorum, quam etiam rationem assignat, & commendat *Caldas in repet. l. si curatorem habens in parte sine curatore constitutus n. 62. pag. 1112.*; quod etiam videtur innui per *glos. Instit. de Curat. in princip.*, vbi dicitur, quod per Patrem in testamento tutores filijs dantur impuberibus, non sic curatorrs adultis, cuius rationẽ adducit *Mynsingerius in §. masculi quidem puberes Instit. de Curat. in verb. testamento non dantur*, quia scilicet curator datur principalitèr rebus adulti, de quibus pater disponere non potest nisi vsque ad pubertatem.

3 Curatores regularitèr non dantur inuitis.

4 Rationes, ob quas curatores non dantur inuitis, benè tamen tutores.

Quamuis autem dixerimus, quod regularitèr curatores non dentur inuitis, fallit tamen in pluribus, & primo, quando iam ipsi adulti curatorem acceperunt, quia sub eodem tenentur perseuerare vsque ad annum 25., prout docent *Abbas in cons. 21. vol. 1., Bacca de*

5 Quandoque tamen curatores dantur inuitis.

decim.

decim. tit. 3. c. 3. nu. 16., *Molina Theologus de iust. & iure tract. 2. disp.* 220. Secundo, quando ex ordinatione Principis adulto curator est destinandus, quia tunc etiam datur inuito *Rubeus in primo tom. comment. ad leg. Gal. in tit. de sent. prouis. art. 3. glos. 2. num.* 10., Tertio, quando datur ad lites, ne minor sit indefensus, quia tunc etiam adulti inuiti illum recipere coguntur per textum *in §. item inuisi Instit. de curat.*, *& l. qui habet §. si pupillus ff. de tutel.* Quarto, quandoq; etiam pupillis habentibus tutorem dari potest curator etiam inuitis, quod contingeret, quando tutor ad tempus impediretur ab administratione tutelæ, tunc etenim posset dari curator rebus per textum *in §. interdum vers. item, si testamento instit. de curat.*, quod item currit, si tutor relegetur ad tempus per textum *in l. licet in fine C. in quib. cas. tut. hab.*; item currit, si tutor Reipublicæ causa absit, quia datur in eius locum curator per textum *in l. 1. C. in quib. casib. tut. hab.*, *& in l. tutor Reipublicæ ff. de tut. & rat. distrah.*, vbi monet *Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 29.*, quod hic datus in locum absentis ob causam Reipublicæ potius administrator rerum, quam curator sit intelligendus per textum *in l. solet ff. de tutel.* Circa hunc tamen, qui datur in locum primi tutoris absentis ex causa Reipublicæ tres casus possunt distingui, secundum quos poterit, vel non poterit dici curator; & primo, quando per deputationem huius secundi desinit primus esse tutor, & tunc secundo electus potest dici curator; secundo, quando primus desinit esse tutor per causam necessariam, & perpetuam, & secundus datur durante adhuc impubertate filiorum, & tunc secundo electus propriè potest dici tutor per textum *in auth. de nuptijs §. sin autem*; tertio, quando tutor electus allegando quodammodo impotentiam se excusat in parte à tutela, & quoad partem petit eligi alium, vt quia bona pupillorum sunt in diuersis, & dissitis regionibus, & tunc secundo electus in ordine ad bona sita in aliqua regione potest dici tutor, cum primus in ordine ad illa desinat esse talis, sicque ille succedit, vt tutor per textum *in l. propter litem §. fin. ff. de excus. tut.* Hæc omnia colligo *ex Gutierez de tut. & curat. d. part. 1. c. 19. à num. 50. ad fin.*

6 Absente tutore ex causa Reipublicæ, quandonam substitutus possit dici tutor, vel curator.

An autem prodigo, furioso, & mentecapto inuitis possit dari curator; arbitrarer, vtique posse dari, si tales sint, vt per se administrare vtiliter non valeant; & per hoc datur intelligi, quod regula supra posita, quod adultis inuitis non dentur curatores, procedat tantum quoad adultos sanæ mentis, non autem quoad huiusmodi, de quibus nunc loquimur, nam licet puberes sint, ratione tamen vitij, quo laborant, apti non sunt ad sua negotia peragenda, & quidem quoad prodigos ex eo deducitur, quod prodigi furiosis æquiparantur; hocque colligitur ex *l. dabimusque §. sed æquissimum ff. de priuil. credit.*; maxime etenim expedit Reipublicæ, ne quis suis bonis abutatur, eaque inaniter profundat *l. contra §. si curator ff. de pact. furios.*, & propterea curator prodigo etiam non petenti datur *Bartolus in l. hoc autem ff. quib. ex caus. in posses. eatur Baldus in l. qui habet §. quod in prodigo ff. de tutel.* addita etiam ratione, quia prodigus æquiparatur furioso *l. fulcinius §. adeo ff. quib. ex caus. in posses. eatur*. Sed, an requiratur, quod prodigo, antequam eidem deputetur curator, fiat citatio, maxima est controuersia inter DD., de qua alibi; Quoad furiosos, & mentecaptos elucet ex textu *in §. 1. Instit. de curat.*, & ex alijs vulgatissimis iuribus.

7 Prodigo, furioso, & mentecapto inuitis possunt dari curatores.

Quoniam autem in assertione diximus, quod filijs impuberibus testamento constituantur tutores, quamuis illi sint inuiti, ex occasione hic oritur ratio dubitandi, an tutores etiam inuiti possint constitui? Cui respondendum est affirmatiuè *Alexander cons. 16. num. 7. vol. 3.*, *Iason in l. eum, qui res num. 7. C. de Procur.*, *Borguinus Caualcanus de tut. & curat. num. 201.*, *Alexander cons. 109. num. 3. vol. 3.*, quia tutoris officium est publicum, & necessarium, vnde assumi potest etiam absens, & ignorans, sed de hoc infra vberius.

8 Etiam tutores inuiti possunt constitui.

Assertio III. Pater filijs sub patria potestate non existentibus, sed emancipatis potest quidem testamento constituere tutores non simpliciter, sed à Iudice confirmandos, & quidem etiam sine inquisitione *Montanus de tut. & curat. r. 8. num. 19.*, *Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. tutela n. 4. vers. tutor datus à Patre filio emancipato*.

9 Etiam emancipatis possunt per Patrem tutores constitui.

Expresse colligitur *ex §. fin. Instit. de tutel.* -Ibi- *Sed, & si emancipato filio tutor à Patre datus fuerit testamento confirmandus est ex sententia Præsidis omnimodo, idest sine inquisitione*; ex quibus verbis duo potissimum ad rem præsentem inferuntur; primum, quod, cum indigeat confirmatione, non sit ipso iure valida huiusmodi datio tutoris per se, & iuxta hoc verificantur ea, quæ dicuntur *in §. permissum Instit. eod. tit.*, *quod permissum est parentibus liberis impuberibus, quos in potestate habent testamento tutores dare*, Iura pro hoc asserto.

 quæ,

quæ, cum non verificentur io emancipato, qui oon est sub potestate Patris, vtique io ordine ad ipsum nnn tribuunt per se ius in electo ad plenam tutelam; secundum, quod cum talis tutela sit absnlutè à Præside cunfirmanda, non sit simpliciter oulla, cum ius conferat ad ennfirmationem, oec poilit à Præside reijei. Id ipsum habetur *in l.1.& l.si filios ff. de confirm.tut.*

10 Tutor datus à Patre filio emancipato, & à Iudice confirmatus secundum aliquos dici debet datiuus.

Hic oritur difficultas, quam excitat *Glosa in d. §.fin.Instit.de tutel.*, an tutor sic datus filio emancipato à Patre in testamento, & à Iudice coofirmatus dicendus sit testamentarius, an verò datiuus? Eadem Glosa *ibid.verb.confirmandum, & in l.2. vers.solet.* Ibi- *Sed dic datiuum C. de confirm.tut., & in l.qui negotiationem §. testamento verb.tutelam ff.de administ.tutel.*, quam glosam sequuntur *Faber in d. §.fin. Instit.de tutel., & Dominicus in c.Apostolicæ num.7. vers.quæ sit ratio de præben. in sexto, Tiraquel de causa cessante limit.10. num.19.* sustinet potius esse dicendum datiuum, quam tellamentarium, ac proinde eidem esse præponendum tutorem legitimum. Ea ratione mnueri arbitror, quia vniuersam vim, quam habet huiusmodi tutor, est à Iudicis confirmatione, quæ, si deesset, nullum ius acquireret tutor à testatore nominatus, ergo, cum proueniat à Iudice ius, qund acquirit, erit potius datiuus tutnr dicendus, quam testamentarius. Ad quod confirmandum plurimum confert id, quod notat *Gutierez de tut.c.2.n.27.* nempe, quod, quando tutor est confirmaodus, aotequam confirmetur, potest alius à Iudice dari, & hic datus reuocari non pussit per textũ *in l.3. C.de confirm.tut.& ibi Glos., & DD.* His tamen minimè obstantibus cootrarium communius sustinent, oempe talem tutorem testamentarium esse potius dicendum, quam datiuum *Bartolus in l.1. num.6.ff.de confirm.tut., & l.2.C. eod., Siluester in §.fin. n.32.Instit.de tutel., Ripa in l.1.n.19.ff. si cert.pet., Cornan. in l. omnem n.3.C.ad Textul., Iason in rubr.ff.de eo, per quem factum erit, & in rubr.n.14. Instit. de act., Mainer, in l.quo tutela in princip.n.14. ff.de reg.iur., Caldas Pereira in repet. l.si curatorem habens in textu, vbi sine curatore constitutus nu.16.* Ratio ex ijs deducitur, quæ supra dicebamus, quia actus, qui non est ex libera voluntate confirmantis (vt quia confirmans non possit tollere illum actum, sed necesse habeat ipsum confirmare) noo adscribitur confirmanti *Bartolus in l.more n.5.ff.de iurisd.omn. Iud.*, & iden tanquã testamentarij preferũtur legitimis tutoribus *Marcus Antonius Sabellus in summa diuers. tract. in verb. tutela n.4.vers.tutor datus à Patre filio emãcipato.* Neque nbstant ea, quæ ex aduersa sententia afferebantur, quia licet tutela vim acquirat ex voluntate Iudicis, nnn tamen hæc est arbitraria, sed oecessaria, ita vt non possit à determinatione testatoris declinare, nisi testator ignoraret improbitatem tutoris, quem Iudex notam haberet per textum *in l.penult. ff.de confirm. tut.* Neque verum est id, quod subditur saltem quoad sensum huius nnstræ resolutinnis nempe, quod, quando tutor est confirmandus, aotequam confirmetur possit alius à Iudice dari, & hic reuocari noo possit; nam hæc ad summum verificantur, quando confirmatio dependet ab arbitrio confirmantis, non quandn confirmatio est absolutè, & ex necessitate pnnenda, vt in præsenti casu. Deinde in allegato textu *in l.3.ff. de confirm.tut.* dicitur, quod legitimè electus per Iudicem non possit reuocari; non dicitur tameo, quod nominatus à testatore non sit confirmandus, cæteroqui aduersaretur directè allegatis textibus in assertioois probatione.

11 Melius tamen dicendus est testamentarius.

Rationes pro hac secunda opinione, & confutationes contrariorum.

12 Pater nequit filio suo illegitimo tutorem testamento dare nisi illum instituat, vel in toto, vel in parte.

Assertio IV. Pater nequit filio suo naturali, & illegitimo testamento dare tutorem, nisi vel illum hæredem instituat, vel aliquid eidem relinquat. *Montanus de tut. & curat. c.8.n.35., Stephanus Gratianus discept. for.c.567.n.19., Tiraquel in l.si vnquam in verb. susceperit liberos à nu.56.ad 62. C.de reuocan.donat., Surdus de aliment.tit.1.q.115.n.7.*

Ratio ex eo deduci potest primo, quia filius naturalis, & illegitimus nnn est io potestate Patris *§.vlt. Instit. de nuptijs, Aretinus in §.1. in secundo notabili Instit.de patr.potest., Baldus in l.Gallus §.quidam rectè col.3. vers. item facit ad aliud ff. de lib.& posth.*, prout talis filius non agnoscitur Patris *Baldus in c.innotuit col.5.vers.quæritur numquid iste de elect.*, ergo directè, & per se oon poterit Pater eidem constituere tutorem testamentarium.

Rationes pro assertio.

Secundo, quia filius naturalis non habet iura, quæ competunt filijs legitimis, sic primo oon reuocat donationem inofficiosam vigore *l.si vnquam C.de reuoc. donat.* secundo nnn excludit filiam stante statuto repellente fæminas ob masculos; tertio nno habet priuilegium, vt valeat testamentum imperfectum ob defectum snlemnitatum, sicut habeot legitimi; quarto non prodest patri ad consequenda munera, quæ dantur propter filios; vno verbo computatur pro extraneo, ergo Pater non poterit illi in testamento dare tutnrem, cum oequeat dare extraneo. Quod, si dicatur, quod filius natu-

naturalis possit accipere vnciam ex testamento Patris, vel aui paterni extante sobole legitima, quæ accipitur ab omnibus descendentibus, & sobole legitima non extante possit duas vncias accipere per textum *in §. consideremus auth. de triente, & semisse §. discretis auth. quibus mod. effic. sui auth. licet C. de natural. lib.*; Statim erit impugnatio, quia ex hoc non infertur, quod ita sit sub eius potestate, vt ipsi possit tutorem testamentarium constituere, cum ex testamento nihil pater teneatur eidem conferre; quod, si ab intestato non existentibus liberis legitimis consequatur duas vncias, & illis existentibus vnciam (quoad, an verum sit, alibi examinabitur) hoc est, non ratione patriæ potestatis, sed naturalis commiserationis, qua iura feruntur ad eidem subueniendum.

Tertio *ex l. naturali ff. de confirm. tut.*, vbi dicitur, quod *naturali filio, cui nihil relictum est, frustra tutor à Patre detur, nec sine inquisitione confirmetur*, ex quibus elucet discrimen, quod intercedit inter filiũ naturalem, & legitimum, nam legitimo potest pater dare testamento tutorem, siue aliquid ei reliquerit, siue non; naturali verò non potest dare, si non reliquerit &c. Deinde elucet, quod, si aliquid reliquerit, possit eidem dare tutorem, quia tunc videtur potius in rem dare, quam in personam, prout habetur *in l. patri ff. de testam. tut.* Tandem elucet, quod tutor, si fuerit tunc a Patre datus, indigeat confirmatione *Glosa in d. l. naturali in verb. nihil relictum est*; vbi etiam aliam interpretationem addit, quod in casu, quo Pater eum instituit, vel aliquid ei reliquit, sit confirmandus cum inquisitione, si verò nihil reliquit, etiam adhibita inquisitione non sit confirmandus. Sed prior interpretatio, quod solum exigat confirmationem, communius recipitur.

Jura, quibus assertum innititur.

Ex quibus omnibus elucet, quod, si Pater instituerit filium naturalem, seu aliquid eidem reliquerit, non simplicitèr inutilitèr eidem tutorem reliquerit, sed ita, vt indigeat Iudicis confirmatione, quæ debet esse cum inquisitione; Si verò, nec instituerit, nec aliquid eidem reliquerit, inutilitèr simplicitèr dederit, cum nec etiam adhibita inquisitione sit confirmandus; & hoc iuxta secundam interpretationem; nam iuxta primam, quando naturalem instituit, tunc tutor solum indiget confirmatione.

Solum aliquid negotij aduersus ea, quæ dicta sunt sub hac assertione, videtur facessere id, quod in præcedenti dicebamus, nempe quod filio emancipato possit per Patrem constitui testamentarius tutor, qui sit confirmandus omnimodò, etiam sine inquisitione, non obstante, quod non sit sub patria potestate; & hoc præcisè, vt notat *Montanus de tut. & curat. c. 3. n. 39.* ob vehementem amorem Patris in filios, qui amor non extinguitur per emancipationem; Hic autem amor in filios extenditur etiam ad naturales, cum simul cum sanguine descendat, vnde, si in ordine ad illos conceditur Patri, posse testamento constituere tutorem saltem omnimodè confirmandum à Iudice etiam sine inquisitione, etiam in ordine ad istos hæc facultas videtur concedenda cum eisdem qualitatibus, & conditionibus. Sed ijs minimè obstantibus in ordine ad naturales persistendum omnino est in decretis, quandoquidem iura in parentibus non agnoscunt eam amoris intensionem quoad filios naturales, quos sæpe deserunt, nec tanta sollicitudine curant, quam agnoscunt erga legitimos, vnde diuersimodè quoad vtrosq; disponunt.

Soluitur argumentum deductum à paritate filij emancipati.

Assertio V. Quidquid ferat communior, & magis recepta sententia, quod ventri prægnanti non possit propriè constitui tutor, sed dumtaxat curator, potest tamen dici, quod eidem possit tutor constitui; sed non recedendum à prima propter communem consensum. 13

Ventri pregnanti iuxta communem consensum tutor nõ datur, quod tamen sine dubio nõ transit.

Antequam deueniam ad probationẽ præsentis assertionis non possum, quin demirer de inconsequentia *Montani* dum *c. 3. de tut. & curat. nu. 47. & seqq.* aperto ore asserit, ventri prægnanti non posse testamento dari tutorem, sed solum curatorem per ea, quæ nos ex eodem retulimus *sub hoc eodem titulo prænot. 1. in explicatione particulæ in capite libero in resolutione super primo dubio ibi excitato*; adeout asserat, quod, si quis tutorio nomine quid gesserit circa ventrem prægnantem, quodcunque gestum sit nullum, nec confirmari ex post facto, cum natus fuerit posthumus, quia requiritur, quod tempore actus agens sit legitima persona, nec sufficit ex post facto superuenire legitimationem iuxta mentem *Alexandri cons. 171. num. 8. lib. 2.*, *Baldi cons. 126. lib. 1.*; Deinde *c. 8. nu. 29. & seqq.* videtur contrarium aperte sentire pluribus ibi adductis rationibus, & postea addit in confirmationem id, quod scribit *Callistratus lib. 3. edicti monitorij in l. cum Pater ff. de negot. gest.*, vbi hæc expressè *Cum Pater testamento Posthumo tutorem dederit, isque tutelam interim administrauerit, nec posthumus natus fuerit, cum eo non tutela, sed negotiorum gestorum agendum erit; quod, si natus fuerit posthumus, tu-* 14

Arguitur Montanus incõsequentiæ.

tela

telæ erit actio, & in eam vtrumque tempus veniet, & quo, antequam naſceretur infans, geſsit, & quo, poſtquam natus ſit; Ex quibus verbis, quamuis videatur deduci, quod pro tempore, quo poſthumus natus non eſt, non videatur electus habere rationem tutoris, cum aduerſus eum non detur actio tutelæ, confirmetur tamen ex poſt facto in rationem tutoris, dum, poſtquam poſthumus natus eſt, aduerſus ipſum conceditur actio tutelæ etiam pro tempore, quo nondum natus eſt; hæcque directè repugnant ijs, quæ dixerat *d. c. 3.* iuxta mentem Alexandri &c.

Commune dictum falſo innititur fundamēto.

Non diu immorandum in probatione huius aſſertionis, quandoquidem rationes reſultant ex ijs, quæ tradidimus ſupra *prænot. 1. in explicatione particulæ definitionis tutelæ in capite libro ſuper primo dubio ibi excitato*, ad quas vos remitto; nec iura aduerſantium aliquam vim faciunt, cum falſo innitantur fundamento, nempe, quod vel fætus quouſq; fuerit in vtero Matris, non viuat, niſi vita Matris, vel quod non ſit niſi portio, vel inteſtinum matris, vel quod non ſit homo, nec animal, nec perſona, quæ omnia latè ibi fuerunt confutata. Communior tamen auctoritas vim magnam facit.

15 Tutor datus filijs extenditur ad filias, & datus vni extenditur ad omnes.

Assertio VI. Si teſtator in teſtamento dederit tutorem filijs, tutela etiam extenditur ad filias, & ad poſthumos; ſi dederit filio, & plures habuerit extenditur ad omnes &c. Non immoramur in ijs, quandoquidem de eiſdem latè egimus in præcedentibus *prænot. 3. ſub aſſert. 2. verſ. ex hac reſolutione* ſecundum omnes extenſiones, ad quæ propterea vos remitto.

16 Extantibus pluribus filijs puberibus, & impuberibus tutor datus à Patre reſtringitur ad impuberes.

Assertio VII. Exiſtentibus pluribus filijs ex eodem Patre, quorum alij ſint impuberes, alij puberes, tutor indefinitè datus à Patre in teſtamento filijs probabilius non extenditur ad puberes, ſed reſtringitur ad impuberes, & in ordine ad illos, ſi fuerint minores, tutela reſoluitur in ſimplex gubernium, & adminiſtrationem *Montanus de tut. & curat. c. 37. num. 66., Gratian. diſcept. for. c. 914.*

Rationem huius aſſertionis ex eo deduco, quia tutor gerens negotia eius, qui iam pubes eſt, non poteſt conueniri actione tutelæ, ſed dumtaxat negotiorum geſtorum; ad hoc etenim, vt quis poſsit agere actione tutelæ debet eſſe perſona, cuius ætas recipiat tutelam, nempe quod ſit impubes, prout notat *Stephanus Gratianus diſcept. for. c. 335 n. 6.*; vnde in eodem pubere non poteſt habere locum concurſus iſtarum actionum per textū *in l. 1. ſi quis quaſi tutor ff. de eo, qui pro tut. neg. geſt. & ibi Gloſa in verb. actionum, & in verb. hanc actionem, Salicetus in l. militiæ armatæ in fin. verſ. 2. caſu C. qui dar. tut. vel curat. poſ.* Ad quæ confirmanda plurimum conferre poteſt id, quod communiter circumfertur, quod ſcilicet actio protutelæ non competat, quando impedimentum oritur ex parte eius, cuius negotia geruntur, puta, quia tutorem habere non poteſt ob excedentem ætatem, licet competat, quando impedimentum prouenit ex parte eius, qui negotia gerit, prout docet *Cynus in l. 1. ad medium C. de eo, qui pro tutor. negot. geſt. & ibi Gloſa in verb. pro tutore in princip., Bartolus in l. 3. §. hac actione in fin. ff. de negot. geſt., Salicetus in l. militiæ armatæ 4. verſ. ſecundo caſu C. qui dar. tut. vel curat. poſ.* Cum igitur ratione ætatis aſcendentis ad pubertatem non poſsit tutorem recipere, nec pubes aduerſus geſtorem habeat actionem tutelæ, vtique ſequitur, quod tutela à Patre aſsignata filijs indefinitè non extendatur ad filios puberes.

Rationes pro aſſerto.

Soluuntur argumenta contraria.

Neque obeſſe poteſt, ſi aſſeratur, quod ius tutelæ ſit indiuiduum, adeoque, quod vel ratione pupillorum trahatur etiam ad puberes, vel ratione puberum tollatur etiam in impuberibus; Non, inquam, obeſſe poteſt, quia non ita eſt abſolutè verum, ſicut præfertur, quod ius tutelæ ſit indiuiduum, & quod in ordine ad diuerſas perſonas firma in vno permanens non poſsit in alio tolli ſic exigente qualitate perſonarum, quarum aliæ ſint capaces, aliæ incapaces tutelæ paſsiuæ, & ſicuti, ſi tutela eſſet pluribus conceſſa (loquor de actiua) vno deficiente non expirat in alijs, niſi de hoc expreſsè fuerit actum per textum *in l. ſi ex pluribus vbi Bartolus, & alij ff. de auct. tut. l. ſi plures, & l. decreto §. fin. ff. de adminiſt. tut., Ciriacus contr. 150. nu. 124., Altograd9 conſ. 100. num. 5. & 6. lib. 2., Paulus Chriſtinus deciſ. 146. num. 8. vol. 3.*, ita, ſi tutela paſsiua eſſet in ordine ad plures conceſſa vno deficiente, vel ob obitum, vel quia ad ætatem, in qua non patitur tutelam, peruenit, ceſſare non debet in ordine ad alios.

17 Non currit paritas de tutela datiua, & teſtamentaria.

Neque vlterius vrgeas, quod, ſi tutela fuerit à Iudice data in ordine ad plures filios, & vnus ex ipſis peruenerit ad pubertatem, ſeu maioritatem, tutela datiua ceſſet in omnibus, & impuberes reincidant in poteſtatem fratris facti maioris, prout indicare videtur *Montanus de tut. & curat. c. 37. num. 66.*, ergo etiam ſi tutela teſtamentaria fuerit à Patre data in ordine ad plures filios, vno illorum

ad

ad pubertatem, seu maioritatem peruento cessare debebit in omnibus, reliqui impuberes cadent in potestatem puberis, seu facti maioris; Contra enim impugnaberis, quia in primis assumptum, non ita verum est, sicuti præfertur, quia, vt plurimi statuunt, quando vnus tutor legitimè ab habente auctoritatem constitutus est, per superuenientiam alterius non tollitur. Deinde manifesta patet disparitas inter tutorem datiuum, & testamentarium in ordine ad præsens institutum, quandoquidem datiua tutela cedit legitimæ, qualis est illa, quæ consideratur in fratre superueniente in eandem maioritate in ordine ad fratres impuberes, non sic testamentaria cedit legitimæ per textum *in l. si tutor §. si duobus ff. de tut. & rat. distrah. & l. si tutores C. de testam. tut.*

Difficultas solummodo quoad hoc videtur posse esse in eo, quod dictũ est in subsequenti parte assertionis, nempe, quod, si filij puberes fuerint minores, tutela resoluatur in simplex gubernium, & administrationem in ordine ad ipsos, & hoc relatiuè ad prædicta, quod scilicet pater non possit testamento constituere filijs post egressam impubertatem curatorem; si etenim in ipsis cessat ratio tutelæ, nec eis potest constitui curator, sequitur, quod tutor filijs constitutus non possit habere locum, nec vt tutor, nec vt curator, & propterea, quod eisdem sit dandus curator à Iudice. Sed huic difficultati facilè possum occurrere asserens, quod, cum constet de voluntate Patris, & filij adhuc sint minores, illius deputatio debeat effectum aliquem operari, vnde, si talis datio non valeat quoad effectum tutoris, vel curatoris, resoluatur ex præsumpta eiusdem Patris voluntate in simplex gubernium, & administrationem, nam tutor, curator, defensor, & administrator promiscuè accipiuntur, vnus pro alio ad sustinendum actum *Gratianus discept. for. c. 830. n. 12. c. 919. nu. 1., Surdus cons. 428. num. 13., Rota Romana part. 1. recent. decis. 668. n. 5., Cancerius resol. 7. num. 9.*

Soluitur alia difficultas.

18 Assertio VIII. Si Pater liberis suis testamento tutores dederit, censetur, & nepotibus consuluisse, modò isti in potestatem Patris non sint relapsuri; secus, si filijs retento propriè nomine filiorum. *Montanus de tut. & curat. c. 8. n. 25.*

Datus filijs sub nomine liberorũ intelligitur etiã datus nepotibus.

Expresè colligitur ex textu *in l. quod si nepotes ff. de testam. tutel.* ibi *Et magis est vt ipsis*, idest nepotibus, *quoque dari videantur, si modo liberos dixit. Cæterum, si filios, non continebantur, aliter enim filij, aliter nepotes nominantur*; Nec obstare potest textus *in l. filij, & l. iusta, & l. liberorum ff. de verbor. signif.*, vbi filiorum nomine veniunt etiam nepotes; Non inquam, obstare possit, quia licet lato nomine hoc dici potest, non tamen quoad præsentem effectum propter expressum textum *in d. l. quod, si nepotes.*

Remanet hic inquirendum, an seruo, & matri familias possit testamento dari tutor. Sed, cum hæc difficultas varias 19
possit habere acceptiones, eam secundum singulas expendo; & quidem in ordine ad matrem familias, prout est sub potestate viri, non posse eidem tutorem constitui, clarè liquet ex præcedentibus *prænot. 1. in explicatione particulæ in capite libero vers. eadem ratione*, cum dici nequeat caput liberum propter subiectionem, quam habet durante matrimonio ad maritum, prout etiam docet *Montanus de tut. & curat. c. 3. num. 45.*; in ordine verò ad eandem, prout soluta erit à potestate viri matrimonio dissoluto, & tunc etiam indubitati iuris videtur, quod nequeat eidem tutor in testamento constitui, cum iam supponatur egressa limites impubertatis, quinimmo nec curatorem inuita pati potest propter rationes supra allegatas.

Matri familias non potest tutor testamento constitui.

Loquendo verò de seruo, vel difficultas procedit, quando etiam est sub potestate Domini, & tunc ab alio constitui non posse certissimum est, cum subdatur dominicæ potestati, nec possit dici caput liberum, vt supra dicebamus *eadem prænot. 1. vers. hac eadem ratione*, hocque expresè habet *Glosa in l. 1. ff. de tutelis, & in §. est autem Instit. eod. tit.*; vel quando 20
ab ipso Domino, sub cuius potestate est in suo vltimo testamento tutor ipsi seruo, qui impubes supponitur, constituitur, an scilicet valida sit talis constitutio; & iuxta hunc sensum maximam video rationem altercandi; nam ex vna parte denegari non potest, quin seruus ille impubes sit sub potestate Domini, qui propterea ipsum, quantumuis inuitum videtur posse subijcere alterius curæ, seu regimini; ex alia parte cum in textu *in l. si patronus ff. de confirm. tut.* æquiparetur patronus in ordine ad seruum, cuicunque alteri extraneo in ordine ad constituendum tutorem, & dicatur, quod possit constituere, si impuberem hæredem instituerit, vel aliquid reliquerit, videtur absolutè dicendum, quod sicuti extraneus non potest tutores constituere, nisi pupillos hæredes instituat, ita nec patronus possit in ordine ad seruum tutorem testamento dare, nisi, vel instituat, vel quid relinquat. Quid iam in hac controuersia cõcludendum?

An, & quomodo seruo possit tutor testamento constitui.

Cum distinctione respondendum existimo, vel etenim seruo impuberi constituendo tutorem ipsum liberat a seruitute, adeout nō remaneat amplius sub potestate hæredis eiusdem testatoris, vel adhuc remansuro sub potestate hæredis alium tutorem ipsi dat in testamento. Iuxta primum sensum adhuc distinguendum censeo, vel etenim posita tali liberatione relapsurus est in potestatem Patris, vel aui existentis, & tunc censeo tutorem per Dominum datum in testamento non subsistere *arg. textus in §. nepotibus Instit. de tutel.*, sicuti enim parentes non possunt dare testamento nepotibus tutores, quando sunt recasuri in potestatem Patris, quia pro tempore mortis parentum habent alium tutorem à iure nempe Patrem, ita etiam Domini non videntur posse seruis in testamento tutores dare, quando sunt relapsuri in potestatem patris, quia tunc etiam habent post mortem Domini tutorem ipsum patrem à iure, vel posita tali liberatione in nullius potestatem est relapsurus, cum non habeat, nec auum, nec patrem, & tunc arbitror, tutorem sic per Dominum datum in testamento subsistere, si seruum instituerit hæredem, vel aliquid reliquerit iuxta textum *in d. l. si patronus ff. de confirm. tut.*; si verò nec instituerit, nec aliquid in vltima voluntate reliquerit, arbitror non subsistere argumentó à contrario sensu deducto *ex d. l. si patronus*, nisi fortè libertatem Dominus concesserit post ipsius mortem hac adiecta conditione, vt pro tempore impubertatis maneat sub tutela ab ipso Domino deputati. Iuxta secundum sensum dico tutorem non subsistere; quia tunc hæres ipsius plenum dominium acquirit, & plenè fit Dominus.

PRÆNOTIO VIII.

Quomodo testamento tutor dari possit impuberibus.

SVMMARIVM.

Quomodo accipiendus sit modus quoad rem præsentem. 1.

Tutor testamento non solum purè, sed etiam sub conditione, & vsque ad conditionem dari potest. 2.

Non tamen per Præsidem, nec per Iudicem. 3.

Cur possit dari sub conditione in testamento, non per Iudicem. 4.

Si conditio apposita à testatore defecerit, deficit quoque tutela. 5.

Quod dictum est de tutela conditionata intelligendum quoque est de temporanea. 6.

Si per Iudicem conditio apponatur, non vitiat tutelam, sed vitiatur. 7.

Tutor non solum dari potest testamento ante hæredis institutionem, sed etiam post. 8.

Tutor non solum testamento dari potest, sed etiam in codicillis. 9.

Quid sentiendum sit de tutore codicillis dato, si testamento non sit firmatus. 10.

Tutor in testamento dari potest, quibuscunq; verbis aptis ad significandam mentem testatoris ordinatam ad talem dationem. 11.

Probabilius potest etiam sine scriptis constitui. 12.

Ex verbis coniecturalibus, quandoque intelligitur tutor constitutus. 13.

Si testator dixerit, se liberos suos relinquere sub potestate certæ personæ idoneæ, talis intelligitur tutor constitutus. 14.

Item, si dixerit se filios suos relinquere sub manibus determinatæ personæ. 15.

Si dixerit se filios relinquere sub custodia Matris, probabilius intelligitur illam tutricem constituisse. 16.

Si dixerit se relinquere, vt vulgo dicitur Donna Madonna, *intelligitur etiam illam tutricem constituisse.* 17.

Si dixerit, se relinquere filium suum viuum, & mortuum certæ personæ, censetur illam tutorem constituisse. 18.

Si dixerit, quod velit, quod filij sui educentur penes aliquam personam, non intelligitur illam tutricem constituisse. 19.

Si dixerit, se aliquem constituere suorum bonorum administratorem; nec etiam tutorem intelligitur eum dedisse. 20.

Nec etiam, si dixerit, se velle filios suos cum Matre morari. 21.

Tutor incertus quoad personam nequit valide in testamento constitui. 22.

Intellige de incertitudine, siue personæ datæ, siue eius, cui datur. Ibid.

Quatuor modis tutoris persona potest esse incerta, & omnes explicantur. 23.

Non subsistit, quando persona exprimitur sub certo nomine, & cognomine, quod conuenit pluribus. 24.

Intellige, nisi ex aliqua circumstantia persona electa possit indiuiduari. Ibid.

Nec etiam subsistit quoad personam incertam declarandam per futurum euentum. 25.

Nec etiam quoad personam relatam ad alterius arbitrium. 26.

Nec item tenet tutor datus sub disiunctio. 27.

Nec etiam personæ incertæ potest testamento tutor dari. 28.

Prædicta limitantur in nonnullis casibus, & quibus. 29.

Tutor certæ rei, seu causæ dari nequit. 30.

Tutor datus in testamento ad certas res, & personas pupillorum, non intelligitur datus ad omnia. 31.

Potest tutor dari vniuersitati bonorum. 32.

Ex

Ex Senatu Consulto Liberiano nequit quis se ipsum in testamento tutorem scribere. 33.

Nec etiam tutores existentes sub sua potestate. Ibid.

Atque hoc locum habet etiam in testamentis noncupatiuis, quæ dicuntur sine scriptis. 34

Si Notarius scripserit tutorem extraneum, qui postea viuente adhuc testatore factus sit sub potestate Notarij, talis tutor non cadit sub dispositione illius Senatus Consulti. 35.

Pena contra se ipsos, vel suos scribentes tutores in testamentis. 36.

1 Varij modi, quibus sumi possit titulus.

MOdus, quo testamento dari potest tutor, vel referri potest ad formam constitutionis, quatenus scilicet fiat purè, vel sub conditione, vel vsque ad conditionem; vel ad tempus eiusdem constitutionis, quatenus scilicet fiat vel ante, vel post institutionem hæredis; vel ad idem tempus terminatiuè, quatenus tutor datur ad certum tempus, seu ex certo tempore; vel ad formam extrinsecam, quatenus fiat, vel in testamento, vel in codicillo, vel in scriptis, vel sine scriptis, & per verba, & quænam censeantur sufficientia; vel ad personam, quæ præficitur tutelæ, vtrum scilicet debeat esse certa, vel possit esse incerta, vel in ordine ad res, vtrum scilicet dari possit certæ rei, vel exigat esse ad vniuersitatem bonorum, & an ad certum actum, an verò exigat esse ad omnia negotia, & causas, & his similia.

2 Tutor testamento non solum pure dari potest, sed etiam sub conditione, & vsque ad conditionẽ.

Assertio I. Tutor testamento non solum purè dari potest, sed etiam sub conditione, & vsque ad conditionem *Montanus de tut. & curat. c. 10. nu. 1. & seqq.*

Hoc expresè colligitur ex textu in §. *sed, si vsque ad certum Instit. quib. mod. tut. finiatur.* Ibi- *Sed, & si vsque ad certam conditionem datus sit tutor testamento, æquè euenit, vt desinat esse tutor existente conditione*, quod etiam clarius habetur *in l. tutor datus in verb.* Ibi- *tutorem autem in testamento, & à certo tempore dari, & vsq; ad certum tempus licet, & sub conditione, & vsque ad conditionem ff. de testament. tut.*

3 Non tamen per Præsidẽ, nec per Iudicem.

Ex eo autem, quod in huiusmodi textibus dicatur *testamento, & in testamento* asserit *Glosa in d. l. tutor datus in verb. testamento*, quod sub conditione, & vsque ad conditionem non possit per Præsidem prouinciæ, nec per Iudicem dari tutor, quod etiam firmauit *Montanus loc. cit., Marianus, Socin. cons. 85. nu. 45. lib. 3.*, quod etiam habetur *in l. muto §. sub conditione ff. de tutel.*, vbi etiam dicitur, quod, si Præses in institutione aliquam conditionem adiecerit, puta, *si satisdederit*, non intelligatur adijcere conditionem, cum talis conditio tacitè insit, sed admonitionem de eo, quod inest.

4 Cur possit dari sub conditione in testamento, non per Iudicem.

Si autem inquiratur, cur possit conditio adijci per testatorem in testamento, non sic per Iudicem in tutela datiua? Portius in §. t. n. 9. *Instit. qui testam. tutores dar. pos.*, *Cinus in rub. C. de testam. tut.* eam rationem huius diuersæ dispositionis adducunt, quia, quando adiecta est conditio, vel tempus in testamentaria tutela pendente tempore, vel conditione potest esse prouisio de legitimo tutore, vel datiuo, qui munus gerat interim tutelæ, quando verò adiecta est per Præsidem, vel per Iudicem nullus est, qui prouidere possit, cum nullus sit, qui tutelæ tempora possit implere. Corrasius *in l. seruitutes num. 9. ff. de seruit.* improbans prædictam rationem asserit, quod etiam si tutor datus sit a Iudice sub conditione ex allegato capite in præcedenti sententia, non repugnet, quia subsistat, cum alius Iudex possit supplere defectum, & interim, ac pendet conditio, vel tempus, alium assignare tutorem; vnde dicit, quod, quamuis verum sit, quod à Iudice non possit dari tutor sub conditione, & vsque ad conditionem, hoc tamen non proueniat ob prædictam rationem, sed ob hanc aliam, quod scilicet in datione tutoris necessarium sit Iudicis decretum, quod nequit esse sub conditione, quod non repugnat in testatore, nisi conditio sit prohibita; Sed aduersus Corrasium in ea parte, in qua impugnat præcedentem opinionem habet textum aduersantem *in l. vbi captum ff. de iudicijs, & in l. nulli C. eod.* Deinde non assignat rationem, ob quam Iudicis decretum in datione tutelæ non possit esse sub conditione. Quamobrem alia via ego procederem asserens Patrem, seu testatorem in constitutione tutoris testamentarij ex libertate procedere, vnde etiam potest constituere debitorem pupilli, aliosque in conditionibus requisitis deficientes, quia rebus suis potest adijcere illam legem, quam maluerit, Iudex autem constituendo tutorem datiuum procedere debet secundum dispositionem iuris, & quodamodo ex necessitate officij, secundum quam non potest constituere, nisi cognitum, vt idoneum; cognitum autem, vt talem debet simpliciter approbare, non sub conditione.

5 Deficiente conditione deficit quoque tutela.

Si autem conditio apposita à testatore in testamento respectu tutoris sub tali conditione assignati defecerit, deficit quoque esse tutor per expressum textum *in d. l. tutor datus in princip. ff. de testam.*

tutel., & hoc iuxta generalem regulam, ſecundum quam dicitur, quod deficiente conditione appoſita diſpoſitioni deficit quoque diſpoſitio per textum *in l.1. ff. de donat. l. Meuius l. qui hæredi §. vlt. ff. de condit. & demonſt.*

6 Quod dictum eſt de tutela conditionata intelligendum eſt etiam de temporanea.

Quæ hactenus dicta ſunt de conditione appoſita tutori, ſiue per teſtatorem, ſiue per Iudicem, ita vt quoad primam ſuſtineatur tutela, non verò quoad ſecundam, proportionali ratione intelligenda ſunt de tempore, ita vt, ſi in teſtamento fuerit dictum, quod tutela incipiat pro tali die, & terminet ad talem diem, teneat, ſecus, ſi hoc fuerit dictum in datione tutelæ per Iudicem, prout expreſsè habetur quoad primam partem affirmatiuam in textu *in d. l. tutor datus in verb. tutorem ff. de teſtam. tut.*, quoad ſecundam deducitur a paritate conditionis, quæ, ſicuti per Iudicem non poteſt apponi, ita nec tempus adijci, vt notare videtur *Montanus de tut. & curat. c. 10. n. 12.*, dum tempus cum conditione quoad hoc in omnibus parificat.

7 Si conditio apponatur per Iudicem ſecundum aliquos vitiat tutelam.

Solum aliqua difficultas quoad ea, quæ dicta ſunt de conditione per Iudicem appoſita in datione tutelæ, quod ſcilicet valide non apponatur, verſari poteſt in eo, an illa conditio vitietur, ſeu habeatur pro non appoſita, an verò vitiet eiuſdem tutoris dationem, ſi fuerit per Iudicem adiecta? Montanus *de tut. & curat. d. c. 10. num.* 4. videtur implicitè ſentire illam conditionem vitiare actû, dum dicit, *Idem erit etiam ſi conditio teſtamento adiecta poſt defecerit*; illa etenim particula *Idem* eſt relatiua, & repetit qualitatem diſpoſitionis, ad quam ſe refert per textum *in l. à filio §. teſtato, & ibi Bartolus ff. de aliment. & cib. legat. l. 1. in fine ff. de ijs, qui ſunt ſui*, & æquiparat caſum ſubſequentem cum præcedenti, & è contra *Vulpellus de præpoſ. & aduerb. ſignif. ſub hac dict. pag. 41. col. 2.*, *Moneta de commut. vlt. vol. c. 11. nu. 33.* Cum igitur hic dicat, quod deficiente conditione a teſtatore appoſita deficiat quoque eſſe tutor, & hoc ſub illa particula repetitiua, *idem etiam*, vtique ſupponit non ſubſiſtere etiam tutorem per Iudicem deſignatum ſub conditione, cæteroqui inconſequentèr, & impropriè diceret, *idem etiam*. Hæc opinio, ſiue fuerit eiuſdem Montani, ſiue non, videtur ex eo confirmari, quod conditiones à iure reprobatæ, licet in vltimis voluntatibus irritentur, & non irritent, in contractibus tamen abſolutè vitient *Durandus in tract. de conditione mod. impoſ. part. 2. c. 1. à princip. ad num. 116.*, *Salgado in labyrint. credit. part. 1. c. fin. nu. 96. & ſeqq.*, *Paulus Chriſtin. deciſ. Belg. 10. n. 2. vol. 3.*, *Diana part. 8. tract. 6. reſol. 85.*; dubitari autem non poſſe videtur, quod datio tutelæ habeat vim contractus, adeoque &c. His tamen minimè obſtantibus non improbabile crederem, huiuſmodi conditionem ſic per Iudicem appoſitam vitiari tanquam à iure reiectam, quæque cadere non poterat ſub poteſtate apponentis, vnde tanquam inaniter appoſita cenſenda eſt; nec obſtat argumentum pro contraria ſententia adductum, quod conditiones reprobatæ in contractibus vitient, potius quam vitientur, quia decretum Iudicis potius æquiparatur vltimæ voluntati, quam contractui; ratio etenim, cur conditiones in vltimis voluntatibus, ſi ſint prohibitæ, vitiētur, ea eſt, quia cum ſint appoſitæ ex ſola voluntate teſtatoris, non obligant eum, ad quem diriguntur, cum eas impedire non potuerit, ad diferentiam conditionum appoſitarum in contractibus, quia, cum in ijs requiratur vtriuſque contrahentis voluntas, debet ſibi imputare ille, aduerſus quem fuerint adiectæ, quod illas admiſerit, & non excluſerit per textum *in §. 10. Inſtit. de hæred. inſtit.* Cum igitur etiam in præſenti hypotheſi dationis tutoris per Iudicem datus non poſſit impedire illam conditionem, vtique non obligatur ad illam, ſed haberi debet pro non adiecta.

Melius tamen ipſa vitiatur.

8 Tutor teſtamento dari poteſt nō ſolum ante hæredis inſtitutionem, ſed etiam poſt.

Assertio II. Tutor teſtamento dari poteſt non ſolum ante hæredis inſtitutionem, ſed etiam poſt eandem, quinimmo etiam poſt mortem hæredis. In vniuerſum conſentit *Montanus de tut. & curat. c. 10. n. 13.*

Oſtenditur, quod poſſit ante hæredis inſtitutionem.

Et quidem, quod poſſit dari ante hæredis inſtitutionem clarè liquet ex textu *in §. ad certum Inſtit. Qui teſtam. tut.* Ibi *ad certum tempus vel ex certo tempore, vel ſub conditione, vel ante hæredis inſtitutionem &c.*, & licet antiquitus ante hæredis inſtitutionem inutilitèr fierent legata, & per conſequens etiam tutorum inſtitutiones, quia teſtamenta vim ex inſtitutione hæredis accipiebant; Iuſtinianus tamen Imperator *in §. ante hæredis inſtitutionem Inſtit. de legat.*, antiquum hunc morem correxit, addita etiam ratione correctionis, quia *inciuile eſſe putauimus ſcripturæ ordinem quidem ſequi (quod & ipſi antiquitati vituperandum viſum fuerat) ſperni autem teſtatoris voluntatem per noſtram conſtitutionem, & hoc vitium emendauimus, vt liceat ante hæredis inſtitutionem, & intermedias hæredum inſtitutiones legatum relinquere, & multo magis libertatem, cuius vſus fauorabilior eſt.* Quæ, ſi verificantur in ordine ad legatum, & libertatem, cuius vſus eſt fauorabilis, non video,

deo, cur verificari non debeat in ordine ad tutoris conſtitutionem, cuius miniſterium neceſſarium eſt, & ad bonum publicum ordinatum?

Item, quod etiam poſt illã.

Quod vero poſſit dari poſt hæredis inſtitutionem indubitati iuris videtur, cum hoc ſit iuxta conſuetum, & vſitatum morem, ſecundum quem poſt inſtitutionem hæredis conſcribuntur tutores, & executores teſtamentarij; vnde, cum antiquitus eſſet damnatus mos eoſdem conſcribendi ante hæredis inſtitutionem, vtique intelligebatur approbatus tanquam magis accomodus mos illos conſcribendi poſt talem inſtitutionem, quin immo poſſunt etiam conſcribi in codicillis, qui regulariter fiunt poſt teſtamentum per textum *in l. teſtamento ff. de teſtam. tutel.*

Et etiam poſt mortem hæredis.

Quod verò etiam poſſit dari poſt mortem hæredis clarè liquet ex *l. tutores ff. de teſtam. tut.* Ibi *Tutores non ab hærede, ſed à teſtatore protinus proficiſcuntur, ſimul atq; aliquis hæres extiterit; nam & ipſe hæres tutor dari poteſt, & poſt mortem hæredis tutor rectè dari poteſt.* Ex quibus verbis non ſolum elucet veritas huius partis, quod ſcilicet dari poſſit tutor poſt mortem hæredis, ſed etiam veritas partis præcedentis, quod ſcilicet poſſit dari poſt hæredis inſtitutionem, prout notat *Gloſa in d. l. tutores in verbo ſimul atque*, quæ illud verbum *ſimul atque* explicat, prout idem ſonat, *ac poſtquam*. Hoc idem, quod pertinet ad hanc partem, deduci etiam poteſt ex *§. poſt mortem Inſtit. de legat.*, vbi poſt mortem hæredis conceditur poſſe fieri legatum, cur non etiam tutorem inſtitui?

ASSERTIO III. Tutor non ſolum teſtamento dari poteſt, ſed etiam in codicillis,

9 ſiue teſtamento confirmatis, ſiue non.

Tutor non ſolũ teſtamento dari poteſt, ſed etiam in codicillis.

Quoad tutores datos in codicillis teſtamento confirmatis omnes conſentiunt *Bartolus in l. tutorem ff. de teſtament. tut. poſt gloſam communiter approbatam, Baldus in l. ſi emancipati num. 10. C. de collat. & in l. 2. C. de teſtam. tut.* Quoad tutores datos in codicillis teſtamento non confirmatis *Oldradus conſ. 138. incip. exiſtimauerit n. 7., Alexander in l. hac conſultiſſima §. ſi quis autem C. de teſtam., Decius conſ. 36. num. 4., Montanus de tut. & curat. r. 10. num. 19. & ſeqq.*

Quoad datos in codicillis teſtamento cõfirmatis clare elucet ex textu *in l. teſtamento ff. de teſtam. tut.* Ibi *Teſtamento datos tutores accipere debemus etiam eos, qui codicillis teſtamento confirmatis ſcripti ſunt.*

Quoad datos in codicillis teſtamento non confirmatis deducitur non ſolum ex ijs, quæ in præcedentibus dicta ſunt, ſed ſpecialiter ex *§. non tantum Inſtit. de Codicil.* vbi dicitur, quod etiam ab inteſtato codicilli fieri poſſunt; Sed, quando ante teſtamentum fiebant, non aliter valebant, niſi eſſent in teſtamẽto confirmati; hodie verò ſemper videntur confirmati; Neque hæc intelligenda ſunt præcisè ſecundum eam rationem, ſecundum quam accipit *Montanus loc. cit. n. 20.*, quatenus omnes codicillantes hodie communiter apponunt illas clauſulas. *Quod, ſi non valet iure codicillorum, valeat iure cuiuslibet alterius vltimæ voluntatis*; ſed etiam poſſunt intelligi eiſdem clauſulis omiſſis, dummodo intelligatur codicillans in eadem voluntate perſeueraſſe, prout expreſsè colligitur ex textu *in d. §. non tantum Inſtit. de Codicil.* vbi *Gloſa in verb. confirmentur* dicit, ſiue hoc fiat expreſſim, ſiue etiam, ſi quoquo iudicio retineatur prima voluntas per textum *in l. ante tabulas teſtamenti ff. de iure Codic.* Quod, ſi hæc valent in ordine ad alia diſpoſita in codicillis; non video, cur valere non debeant in ordine ad dationem tutoris, quæ maximè neceſſaria eſt, & bonum publicum concernens.

10 Quid autem dicendum ſit de tutoribus codicillis datis teſtamento non confirmatis.

Solum hic diſputant DD., an ea, quæ diſpoſita ſunt in codicillis teſtamento non confirmatis, tàm, quando expreſsè ſunt confirmata, quam, quando etiam tacitè, valeant iure directo, an verò ſolummodo, quando ſunt expreſsè confirmata. Circa quod *Ioannes Faber apud Gloſam in d. §. non tantum* aſſerit iure directo valere tantum, quando ſunt expreſsè confirmata, non quando tacitè per textum *in l. libertate ff. de manu. teſtam. & l. 3. ff. de teſtam. tut.* Sed ego in ordine præcipuè ad tutelam, & ad libertatem arbitror, quantumuis non ſit expreſſa confirmatio, valere iure directo, prout etiam videtur ſentire *Gloſa in l. 3. ff. de teſtam. tut.*

ASSERTIO IV. Tutor in teſtamento validè dari poteſt, quibuſcunque verbis aptis ad ſignificandam mentem teſtatoris ordinatam ad talem dationem. *Montanus de tut. & curat. in r. 6. nu. 20. & ſeqq. & r. 10. num. 14.*

11 Tutor poteſt teſtamento dari, quibuſcunque verbis.

Atque hæc potiſſimum verificantur ſtante noſtra ſententia aſſerente tutelam eſſe iuris gentium, quantumuis ſecundum ſolemnitates diei poſſit de iure ciuili; ea autem, quæ ſunt iuris gentium, quocunque ſermone, ſiue latino, ſiue græco fieri poſſunt per textum *in l. an inutilis in fin. ff. de acceptil.* Quod, ſi antiquitus apud Quirites ſanctum erat, vt notat *Vlpianus in fragmentis tit. de fideicommiſſis 25.*, quod non niſi latina lingua teſtamenta ſcriberentur, & tutelæ,

Rationes pro aſſerto.

& libertates directò darentur; per *Theodosium tamen Iuniorem in sua Nouella de testamentis tit. 7. §. vlt.* hoc fuit emendatum, & translato Constatinopolim Imperio, vbi græca lingua potissimum vigebat, permissum est legata, libertates, & tutelas græco idiomate dari posse *l. Iudices C. de sent. & interl. omn. Iud. l. hac consultissima §. fin. C. de testam.* Hodie tamen vsus inualuit, vt quocunque idiomate valide constituantur, cum potius attendenda sit voluntas expressa testatoris, quam idioma, quo exprimitur.

12 Probabilius potest sine scriptis constitui.

Maior difficultas esse potest, an tutor testamentarius possit æquè in scriptis, ac sine scriptis constitui? Surdus *decis. 231.*, *Balthassar Thomasius de tut. & curat. tit. 29. c. 1. per tot.*, quibus videtur adhærere, *Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. tutela num. 66.* videntur sentire, tutelam exigere scripturam, nec posse per testes probari, licet ex cursu temporis possit præsumi, quod idem videtur sentire *Stephanus Gratianus discept. forens. c. 907. n. 28.*, vbi dicit, quod tutela testamentaria probanda sit per scripturam, & licet possit probari per nuncupatiuũ testamentum, & sic per testes, tamen nisi transferantur attestationes in publica documenta, nunquam possit decerni administratio tutelæ *Baldus in l. vlt. n. 12. C. de re iud.*, quod etiam videtur deduci ex *Glosa in c. 1. in verb. in scriptis de censib. in sexto*, vbi inter cæteros casus, in quibus scriptura requiritur, enumeratur testamentum, & ea, quæ testamento fiunt. Ego autem arbitror, ad summum necessariam esse scripturam ad probationem, nec aliud intendere velle arbitror præcitatos DD., & quod non requiratur quoad substantiam arbitror propter fauorem tutelæ, quæ maximè cedit in bonum publicum; & ad hoc etiam moueor, quia ex allegata glosa, vbi ad substantiam requirit scripturam, non enumerat inter cæteros casus causam tutelę.

13 Ex verbis coniecturalibus, quandoque quis intelligitur tutor constitutus.

Assertio V. Vbi expressis verbis, & propriè significantibus tutelam non est quis directè tutor in testamento constitutus, quandoque ex aliquibus verbis dignoscitur talis, quandoque non. In vniuersum propendet *Montanus de tut. & curat. c. 11. per totum*.

Enumero primo casus, in quibus quis censetur datus tutor in testamento. Primo, si testator dixerit, se liberos suos relinquere sub potestate talis personæ nominatæ idoneæ ad tale munus *Decius in c. ex parte 2. de appellat.*, *Montanus loc. cit. num. 2.*, *Menochius lib. 3. præsumpt. 129.*, *Francus decis. 584.*, *Balthassar Thomasius de tut. & curat. tit. 4. c. 1.*, *Baldus in d. c. ex parte*, *Nicolaus Boerius decis. 124. num. 6.*; nam huiusmodi verba apta sunt ad significandam tutelam, & licet talia verba dirigi tantum videantur ad personas liberorum, quod est id, quod principalitèr respicitur in datione tutelæ, trahuntur tamen etiam ad bona, quia datus ad custodiam personæ indigentis gubernio, intelligitur etiam datus ad custodiam rerum, & quoad istum sic datum in testamento videntur verificari omnes particulæ contentæ in definitione tutelæ. 14 Si testator dixerit, se relinquere filios suos sub potestate talis personæ, eadem intelligitur tutrix.

Secundo, si dixerit, se filios suos impuberes relinquere sub manibus determinatę personæ *Boerius loc. cit.*, *Iason in l. manumissiones ff. de iustit. & iure*. Quid enim est relinquere filios in manu alicuius, quam illos relinquere sub potestate eiusdem tuendos, & custodiendos. Tertio, si dixerit, se filios suos relinquere sub gubernio, regimine, & cura alicuius *Bartolomæus Socinus in l. quo duos ff. de reb. dub.*, *Carolus Molinæus ad Decium in d. c. ex parte Castrensis in l. si vir vxori, seu l. sed, si hoc §. cum vir ff. de condit. & demonst.*, & hoc propter eandem, quin potius fortiorem rationem à supradictis, cum allegata verba sint aptiora ad indicandum tale munus. 15 Item, si dixerit, se filios relinquere sub manibus certæ personæ.

Dubij iuris videtur, si Pater dixerit in testamento, se filios relinquere sub custodia matris, an intelligatur, eandem Matrē constituisse tutricem liberorum? Communius negant, & præcipuè *Baldus cons. 428. lib. 4., & cons. 294. lib. 5.*, *Aretinus cons. 76. viso testamento*, *Castrensis in l. cum ita legatum ff. de condit. & demonst.*, *Romanus singul. 164.*, & alij plures apud *Montanum de tut. & curat. c. 11. num. 7.*, propter Glosam communitèr receptam *in l. qui aliena ff. de negot. gest.* Sed huic negatiuæ sententiæ non libenter acquiescerem, quandoquidem DD., qui eandem sustinent, innituntur illi principio, quod Mater in testamento non possit constitui tutrix filiorum communium iuxta textum *in l. iure nostro ff. de testam. tut.*, iuxta quem sensum procedit etiam *Glosa in d. l. qui aliena ff. de negot. gest.*; ex superius autem dictis *in hoc eod. vol. de tut. & curat. prænot. 6. sub assert. 5. vers. sed, an etiam valide* ille textus *in l. iure nostro*, intelligitur correctus per textum *in auth. Matri & Auiæ C. quando mul. tut. offic. fung. potest*, prout notat *Glosa ibid.* in illis verbis. *Defuncti autem voluntatem præponi volumus, præter has autem alijs mulieribus interdicimus officium tutelæ subire*. Nec ambigendum est, præfatum textum loqui de testamentaria tutela, dum ibidem dicitur, quod voluntas testatoris sit præferenda, & vtique talis 16 Si dixerit, se filios relinquere sub custodia matris intelligitur illam tutricem reliquisse.

vo-

voluntas refertur ad Matrem communium liberorum; ex quibus deducitur, quod, cum corruat fundamentum, cui præcitati Doctores innituntur, corruant omnia, quæ in eodem fundantur. Destructo iam fundamento, cui innititur basis aduersantium, iam redditur clarum, quod per illa verba, quibus dicit testator, relinquere filios sub custodia Matris, eandem constituat eorundem tutricem, quandoquidem illa verba *sub custodia* æquiualent illis alijs *sub potestate, sub regimine, sub gubernio*, per quæ ex supradictis intelligitur sufficienter constitui tutor testamentarius. Deinde tutela potissimum constituitur in ordine ad tuendum eum, qui propter ætatem nequit se ipsum tueri, vt patet ex definitione eiusdem tutelæ; eo autem ipso, quo filij constituuntur sub custodia alterius, hic intelligitur destinatus ad illos tuendos, ergo non est, cur non debeat intelligi tutor constitutus?

Dubij item iuris videtur, an mater intelligatur tutrix testamentaria constituta communium liberorum ex eo, quod Pater in testamento dixerit, se illam relinquere, vt vulgo dicitur *Donna Madonna*? Negant plerique eo, quod præfata verba conferunt dumtaxat ad inferendum, quod eandem constituerit administratricem, & vsufructuariam bonorum eiusdem testatoris, quod etiã videntur sensisse *Montanus de tut. & curat. d. c. 11. nu. 8.*, dum dicit, quod, si Pater aliquem constituerit omnium bonorum suorum administratorem, non videatur per hoc, eum scripsisse tutorem filiorum suorum, etiam si talis administratio esset data Matri, quod clarius notauit *Boerius decis. 124. n. 2. & 3.*, dum dixit. *Neque enim hæc verba sunt ad tutelam congrua, sed alterius sollicitudinis expressiua, siue declaratiua, nisi tamen vel ex communi vsu loquendi, ea verba in Matre latius interpretentur, vel ex sequentibus, vel præcedentibus verbis testamenti, alijsque legitimis coniecturis mens alia testatoris declaretur*. Hæc ferme ad verbum colligo ex eodem Boerio. His tamen minimè obstantibus probabilius arbitror, Matrem per illa verba generalia *Donna, Madonna* constitui tutricem testamentariam eorundem cõmunium liberorum potissimum, si eadem verba referantur ad eosdem filios, & ratio ex eo deducitur, quia ex communi interpretatione illa verba referuntur ad significandum omnem potestatem, quæ per testatorem transfertur, in filios suos impuberes, & ad eorum bona tuenda, & per hoc eadem Mater tenetur ea omnia præstare, ad quæ tenetur prudens mater familias erga proprios filios, & eorum bona.

17 Item, si dixerit se illam relinquere, vt vulgo dicitur *Donna Madõna*.

Quid verò sentiendum sit, si Pater in suo testamento ita disposuerit, vt relinquat filium suum viuum, & mortuum alicui determinatæ personæ, an tunc illam personam, cui comisit filium suum viuum, & mortuum, intelligatur per illa verba constituisse tutorem testamentarium eiusdem filij? Respondendum est affirmatiuè *Bartolomeus Socinus in l. qui duos ff. de rebus dub. & cons. 83. lib. 1.*, cui adhærere videtur *Montanus de tut. & curas d. c. 11. n. 4.*, dum dicunt, quod illa verba, *viuum reliquit*, importent curam eiusdem filij, & propterea tutelam assignatam nominato; illa vero verba, *& mortuum*, importent substitutionem eidem filio impuberi decedenti fauore eiusdem nominati per textum *in c. si Pater verb. moriatur de testam. in sexto*.

18 Si dixerit se relinquere alicui filiũ suum viuum, & mortuũ censetur ille tutor constitutus.

Enumero iam casus aliquot, in quibus Pater non censetur constituere tutorem testamentarium, & primo, si dicat, quod velit, vt filij sui educentur, & alãtur apud aliquem præcisè nullo alio addito, tunc certè non intelligitur illum constituisse tutorem testamentarium. *Corneus cons. 280. nu. 1. 6. & 7. lib. 1.*, *Montanus loc. cit. nu. 6.*, cum aliud sit munus tutelæ, aliud educationis, & iura vt plurimum statuunt filios non esse educandos apud eos, qui ius habent successionis, licet eisdem deferant munus tutelę per textum *in l. 1. §. 1. verb. denique ff. ubi pupil. educari deb. & in l. fin. C. eodem tit.*; Neque obstare potest, quod educatio liberorum dicatur pars tutelæ, vt in specie tradit *Baldus in l. omnem C. ad Tertul. col. 2. vers. sed numquid ista nubens ad fin.* quem refert, & sequitur *Decius cons. 49. n. 13. vol. 1.* Non, inquam, obstare potest, quia, quãuis vbi data est simpliciter tutela, nec alius assignatus educator, regulariter sub tutela ex præsumpta mente testatoris intelligatur venire educatio, denegari tamen non potest, quin vtraq; hæc ratio sit separabilis, & educatio possit esse penes vnum, & tutela penes alterum, vnde ex vno alterum benè non infertur maximè interueniente iusta causa suspicionis in eo, apud quem deberet educari, quæ causa est ius successionis. Secundo, si in testamento constituerit aliquem suorum bonorum administratorem præcisè, nullo alio superaddito, tunc etenim non videtur, illum constituisse tutorem filiorum suorum, sed ad summum procuratorem, prout considerarunt *Baldus in l. matri C. ad Velleian.*, *Boerius decis. 124. num. 2. & 3.*, *Montanus*

19 Si dixerit, quod velit, quod filij sui educentur apud aliquam personã, non intelligitur illam tutricem constituisse.

20 Nec etiã si aliquẽ constituerit suorum bonorũ administratorẽ.

tanus d. c. t t. num.8., præcipuè cum illa verba specialitèr referantur ad bona, non ad personam pupillorum. Tertio asserunt *Bartolus in l. qui in aliena §. quamquam ff. de negot. gest.*, *Baldus*, & *Fulgosius ibid.* non intelligi matrem constitutam tutricem filiarum suarum, ex eo, quod earum Pater, & respectiuè maritus proprius in testamento dixerit, quod curam illarum relinquat matri, & velit, quod illa cum ipsis moretur, ibique victum

21 Nec etiã si dixerit, se velle Matrem apud filios suos morari.

habeat, & vestitum. Sed hy DD. procedunt meo videri secundum ius antiquum *in l. iure nostro ff. de testam. tutel.* secundum quod mater excludebatur, ne esset tutrix ex testamento; sed, cum modo illud ius antiquum supponatur correctum per *d. auth. Matri, & Auiæ C. quand. mul. tut. offic.*, non videtur eorum opinio ita subsistens, sicut præfertur. Recole, quæ mox dicebamus in primo dubio.

22 Tutor incertus quoad personã nequit valide in testamento dari.

Assertio VI. Tutor incertus quoad personam nequit valide in testamento constitui. Intellige, siue in ordine ad personam incertam, quando incertitudo se tenet ex parte personæ datæ in tutorem, siue ex parte eius, cui datur *Corneus cons. 46. lib. 4.*, *Petrus Rebuffus in l. subsignatum in §. incertus ff. de verb. signif.*, *Montanus de tut. & curat. c. 10. num. 21.*, & *subseq.*

23 Explicantur modi, quibus tutoris persona potest esse incerta.

Prima pars quoad incertitudinem personæ datæ in tutorem potest multipliciter concipi; primo, quatenus tutor datus sit sub certo nomine, & cognomine nulla alia facta expressione, per quã possit indiuiduari persona, & plures reperiantur sub tali nomine, & cognomine; secundo, quatenus constituatur tutor innominatus, & indeterminatus, qui tamen certificari debeat ex alicuius conditionis euentu, vt si dicatur *Constituo eum tutorem, qui erit consul, vel talem dignitatem consequetur*. Tertio, quatenus testator certum tutorem non constituat, sed referat in alterius arbitrium. Quarto, quatenus testator constituat tutorem sub disiuncto vel Petrum, vel Paulum, vel Andræam.

24 Non tenet sub certo nomine, & cognomine, quando plures isto nomine, & cognomine gaudent.

Iuxta incertitudinem primo modo sumptam habetur manifestus textus improbans talem dationem *in l. tutor, & in l. duo sunt Tity ff. de testam. tut.* Limita tamen in casu, quo talis incertitudo ex aliqua verisimilitudine posset verificari, puta, quia testator maiorem affectionem habuerit ad vnum, quam ad alium *Romanus cons. 408. num. 8.*, *Baldus in l. voluntatis num. 11. C. de fideicommis.*, nam verisimilitudo, quæ consurgit ex simili coniectura maioris affectionis inducit certitudinem, & ille actus dicitur certus, qui ex verisimilitudine potest de facili certificari *Paulus Paris. cons. 13. sparsim per tot. lib. 3.*, *Alexander cons. 100. num 10. lib. 4.*

Iuxta incertitudinem secundo modo acceptã habetur textus *in §. tutor Instit. de legat. & in l. tutor incertus ff. de testament. tut.*, & congrua quidem ratione hoc decernitur, quandoquidem, cum Pater ex affectu erga proprios filios præsumatur omni meliori modo, & saniori consilio eisdem consulere, non videtur pro eisdem congruè consulere de tutore in personam ab eo non cognitam nec præuisam, nec bene referre in euentum futurum.

25 Nec de persona incerta declarãda per futurum euẽtum.

Iuxta incertitudinem tertio modo acceptam extat textus, quem ad hunc sensum accomodant *Corneus cons. 258. lib. primo*, *Montanus de tut. & curat. c. 10. num. 31.* nempe *in l. Senatus §. legatum ff. de legat. 1.*, qui tamen, an faciat ad rem præsentem, alij videant; meo videri ibi solum dicitur, quod *legatum in aliena voluntate poni possit, non sic in hæredis*, quæ verba non videntur posse referri ad firmandum præsens institutum; si enim in aliena voluntate poni potest legatum, cur non tutela? Quamobrem alio iure, seu ratione procedendum arbitror fundata in eo, quod nec tam salubris cogitatio, nec tam sana prouidentia, nec tam vtile consilium præsumi potest in persona, in cuius voluntatem relata est electio tutoris, sicuti in patre præsumitur. Adde, incertitudinem quoad institutionem hæredis relatam in alterius voluntatem, vt verificetur, non sortiri effectũ, vt ille, qui fuerit declaratus, sit hæres, seu, quod idem est, institutionem hæredis relatam in alterius liberam voluntatem non validam esse, prout docent communiter *DD. in l. illa institutio, & in l. si quis ff. de hæred. instit.*, *Rota Romana part. 18. recent. decis. 368., & decis. 465. per totum, & part. 19. decis. 139.*, ergo, nec valida erit institutio tutoris relata in alterius liberam voluntatem.

26 Nec de persona relata ad alterius arbitriũ.

Iuxta incertitudinem quarto modo conceptam stare videtur allegatus textus *in §. tutor Instit. de legat.*, vbi, cum dicatur, quod tutor certus dari debet addita ratione, quia certo iudicio debeat quis pro tutela suæ posteritati cauere, rectè videtur inferri non posse dari sub disiuncto, quia iudicium sub disiuncto non est iudicium certum. Sed quid erit dicendum, si ex pluribus sub disiuncto nominatis ad mortem testatoris vnus tantum fuerit superstes, an ille erit tutor testamentarius? Ex ijs,

27 Nec itẽ tenet tutor datus sub disiuncto.

quæ

quæ tradit *Glosa in l. duo sunt Titij ff. de testam. tut.* videtur dicendum, illum superstitem ex nominatis sub disiuncto ad tale munus tutelæ esse tutorem testamentarium; dum etenim dicit, quod, si fuerint duo Titij, nec appareat, de quo intellexerit testator in electione ad tutelam, & alter ante mortem testatoris occubuerit altero superstite, intelligatur hic esse tutor; ex consequenti etiam videtur sentire, quod, si plures fuerint sub disiuncto nominati ad tale munus, & omnes occubuerint, altero tantum superstite, hic remaneat ad tutelam electus; si etenim primum casum firmat vel ex eo, quod mortuo primo Titio testator secundum non reuocauerit, quatenus per hoc videatur suam intentionem firmasse in eodem, vel ex eo, quod incertitudo certificetur per existentiam vnius, non video, cur non debeat etiam firmare secundum casum, de quo loquimur, cum eædem rationes in hoc etiam videantur militare?

In vniuersum, quod tutor incertus quoad personam non subsistat, quia incertitudo vitiat omnes actus non solum inter viuos, sed etiam in vltima voluntate tradunt *Alexander cons. 46. lib. 4., Bartolus in l. prima num. 14. ff. solut. matrim., Gomez in §. sed iste nu. 31. Instit. de action., Menochius de arbitr. lib. 2. c. 288.*; ita vt irritet rescriptum delegatorium *Hostiensis in summa tit. de offic. deleg. §. quibus modis vers. quid si impetrent*; executoris testamentarij deputationem *Baldus in l. si quis à filio §. 1. in fin. ff. de legat. 1.*; legitimationem personæ *Baldus cons. 146. titulus Principis lib. 1.*, & libertatis dationem *l. si fuerit ff. de reb. dub. l. si quis cum ex pluribus ff. eod. tit.*

Incertitudo regularitèr vitiat omnes actus.

Secunda pars quoad incertitudinem personæ, cui datur in testamento, clarè videtur colligi *ex textu in l. tutor ita ff. de testam. tutel.* vbi dicitur, quod, si detur sub hac expressione *Illi, aut illi filio meo, vtri eorum volet, Titius tutor esto*, non rectè datur, & hoc ob incertitudinem personæ, cui datur; Si verò detur sub hac forma *Titius si volet, illi filio meo tutor esto*, vtique rectè datur, & subsistit, quia tunc datur certæ personæ. Hic tamen aduerto, quod, si testator in testamento dixerit, se dare simpliciter Titium filio suo tutorem, & habuerit plures filios, intelligatur eundem omnibus dedisse, licet fuerit locutus in numero singulari, prout notat *Glosa in d. l. tutor ita in verb. filio meo ff. de testam. tut.* per textum *in l. si quis 16. ff. eod. tit. l. seruus ait ff. de verb. signif.*, nec in hoc potest considerari aliqua incertitudo, cum hæc tollatur per iuris dispositionem in hoc casu, per quam nomine filij veniunt omnes, quos quis habet per allegata iura, & per textum *in l. si quis plures ff. de legat. 3., & l. si ita legetur ff. de legat. 2.*

28
Nec etiã personæ incertæ potest tutor testamento dari.

Quamuis autem ea, quæ dicta sunt in prima parte regularitèr verificentur, nonnullas tamen patiuntur limitationes, & primo, quando talis incertitudo personæ potest certificari ex verbis per testatorem prolatis, vel in ipso actu testamenti, vel antecedentèr, vel post *Bartolus in l. cum proponeretur ff. de legat. 2., & in l. si quis in fundi vocabulo ff. de legat. 1., Alexander cons. 100. num. 10. lib. 4.* Secundo, quando talis incertitudo ex coniecturis potest de facili certificari *Craneta cons. 121. num. 1., Baldus in l. voluntatis nu. 11. C. de fideicom.*, verisimilitudo etenim, quæ inducitur per has coniecturas æquiparatur veritati *Montanus de tut. & curat. c. 10. n. 26. & 27.* Tertio, quando persona est incerta pro tempore testamenti; postea tamen redditur certa *Baldus in l. 1. ff. de legat. 2., Salam. in l. Gallus §. & instituens num. 15. ff. de lib. & posth.*

29
Limitationes aliquæ ad regulam.

Assertio VII. Tutor certæ rei, seu causę testamento dari non potest *Curtius Junior cons. 29. nu. 2., Decius cons. 479. n. 3., Angelus, & Portius in §. certæ Instit. Qui testam. tut., Bartolus in l. certarum n. 1. ff. de testam. tut.*

30
Tutor certæ rei aut causę dari nequit.

Expresè habetur *in l. certarum, & duabus seqq. ff. de testam. tut.* vbi dicitur, quod, si certis rebus fuerit data tutela, datio non sit valida, & ibidem adducitur ratio, *quia tutela personæ, non rei, vel causæ datur*, quod idem habetur *in §. certæ Instit. Qui testam. tut.*, & ratio clara est, quia certa res non trahit personam, & sic non verificatur respectu eiusdem, *quod sit vis, & potestas in capite libero ad tuendum eum &c.*

Hic oritur difficultas, an, si testamento datus fuerit tutor ad certas res pupillorum, & in ordine ad personas pupillorum, & ad alias res alius tutor non fuerit constitutus, ille, qui sic datus est, intelligatur inutiliter datus ad omnia, adeout neque ad res, ad quas datus est, possit munus iniunctum exercere, an verò facta interpretatione voluntatis testatoris trahatur ad omnia, perinde ac si fuerit constitutus tutor ad personam, & ad omnia? Glosa *in d. l. certarum in verb. non potest ff. de testam. tut.* hæc expresè asserit, quod non possit esse tutor ad normam, qua disposuit testator, scilicet ad illas res certas, sed quod integrè ad omnia sit tutor, & ad hoc adducit textum *in l. qui habent §. vlt. ff. de tutel.* Sed hic textus meo videri ad

31
Tutor datus in testamento ad certas res, & ad personam pupilli, non intelligitur datus ad omnia.

rem

rem præsentem probandam non confert, vt videtur insinuare *eadē Glosu ibid.*, quādoquidem ibi solum dicitur, quod, si pupillus curatorem petat aduersus tutorem ad litem, intelligatur curator datus ad omnes lites, quas habet aduersus tutorem, qui casus est valde diuersus ab eo, qui hic controuertitur, vbi tutor à Patre in testamento datus intelligitur determinatè ad certas res, & causas assignatus, & non ad alia. Quamobrem in hac hypothesi tutius crederem, sic datum sustineri sub titulo curatoris in ordine ad res, ad quas datus est, non tamen trahi ad omnia, in ordine ad quæ aperitur locus tutori legitimo, vel datiuo; & quidem quoad primam partem ex eo euincitur, quia, quando tutela inutilitèr data est, resoluitur in simplex gubernium, & administrationem, nam tutor, curator, defensor, & administrator promiscuè accipiuntur vnus pro alio ad sustinendum actum *Gratianus discept. for. c.830. num.12. c.919. n.1., Surdus cons. 428. num.13., Rota Romana prima part. recent. decis.668. nu.5., Cancerius resol.7. n.9.* Quoad secundam verò partem ex eo deducitur, quod non possit præsumi, quod testator voluerit ipsum ad omnia eligere, dum suam voluntatem restrinxit ad illas res determinatas, quin potius ex eo, quod ad vnum, vel alterum determinauit, videtur quoad alia exclusisse.

Quamuis autem testamento tutor ad certas res dari vtiliter non possit, non repugnat tamen, quin dari possit ad vniuersitatem, prout expressè colligitur ex textu *in l. si tamen ff. de testament. tutel.* Ibi *Si tamen tutor detur res Africanæ, vel Siriacæ vtilis datio est, hoc enim iure vtimur*, quia illa bona sita in huiusmodi prouincijs habent rationem vniuersitatis. Quod, si dicas, quod in textu præcedenti *in l. quia persona ff. de testam. tut.* tutela dicatur dari personæ, adeoque non possit dari rei Africanæ, vel Siriacæ;

32 Potest tutor dari vniuersitati bonorū.

statim dicam; quod textus in illa *l. si tamen* dicat quidem tutorem non dari certæ rei, non autem excludat, quando datur vniuersitati bonorum, & licet tutela principalitèr detur personæ, quando tamen datur vniuersitati bonorum eiusdem personæ, videtur quoquo modo implicitè ad eandem personam dirigi. Ex eadem ratione, qua datio tutelæ in ordine ad vniuersitatem bonorum existentium in aliqua prouincia vtilis est, infert *Angelus in §. ad certum tempus Instit. num.2. in glosa verb. certæ causa, qui testam. tut.*, quod tutor destinatus ad bona alicuius territorij, vel ciuitatis sit validè datus, cùm quælibet ciuitas modo habeat suum territorium, & in eo habetur loco Principis, licet secus res se habeat in ordine ad bona existentia in aliqua villa, cum huiusmodi bona stent tanquam res certæ, & determinatæ.

Omnia, quæ dicta sunt de tutore ad certas, & determinatas res, intelligenda sunt etiam de tutore dato ad certas causas, prout expresse habetur *in d. l. certarum ff. de testam. tut. & in §. certæ Instit. Qui testam. tut.*, nec obstat textus *in l. ad litem C. de in lit. dand. tut.*, quia ly *tutor* ibi ponitur pro curatore, vt explicat *Glosa in d. §. certæ in verb. certæ causa.*

33 Nequit quis se ipsum tutorem in testamento scribere.

Assertio VIII. Hoc ex generali iure Senatus Consulti Liberiani sancitum est, quod non sit valida tutela, qua quis se ipsum tutorem in testamento conscripsit.

Hoc expressè habetur *in l. ex sententia ff. de testament. tut.* Ibi *Ex sententia Senatus Consulti Liberiani tutor non erit, qui se in testamento pupillo tutorem scripsit*, cuius dispositionis etiam fit mentio *in rubr. ff. ad leg. Corneliam de falsis, & in l. Senatus, & in l. Diuus, & in l. filius ff. eod., & in l. Senatus C. de ijs, qui sibi adscrib.*, vbi etiam fit extensio, si ille, non solum se ipsum tutorem scribat in testamento, sed etiam filium, & seruos, & eos, quos habet in sua potestate, & iure quidem merito hoc fuit inductum ad tollendas scilicet fraudes, quæ passim in simili scriptione, seu adscriptione possent obrepere, vt rectè notat *Montanus de tut. & curat. c.10. n.34.*, & hoc etiam si testamentum ab ipso testatore fuerit dictatum, & etiam generalitèr per eundem subscriptum, secus autem, si idem testator specialiter in ea parte, qua se ipsum scripsit in tutorem, approbauerit, & sua manu firmauerit, prout habetur *in d. l. Diuus §. & quatenus vers. si tamen ff. de falsis*, quod etiam videtur colligi *ex d. l. ex sententia ff. de testam. tut.* Ibi *Cum autem patris voluntas hoc ipsum manu sua declarantis ambigua non esset, eum, quamuis alij tutores essent, curatorem dandum respondi* vbi glosa; *tunc ero tutor, cum concurrit mea scriptura cum scriptura testatoris, & quia ibi est mea, non habeo excusationem à tutela, & quia ibi est illa testatoris, non possum remoueri, vt suspectus ab illa tutela.*

Dispositio Senatus Consulti Liberiani.

Intellige, etiam si scribat tutores sub sua potestate existentes.

Hoc etiam aduertendum est, quod non solum reddatur irrita tutela, qua quis se ipsum, vel existentes sub sua potestate tutorem, seu tutores conscripsit in testamento, sed etiam illa, qua se adscribere fecit per filium vel seruum, vel alios existentes sub sua potestate, quia est eadem suspicio fraudium, prout

ex-

expreſsè habetur *in d. l. Dinus ff. ad leg. Cornel. de falſis*, qui textus licet procedat in ordine ad legata taliter conſcripta; ex quo tamen *in d. l. ex ſententia ff. de teſtam. tut.* id, quod ibi dicitur de legato, extendatur etiam ad conſtitutionem tutelæ, non viden, cur diſpoſitionem *d. l. Dinus* non debeamus extendere ad dationem eiuſdem tutelæ.

Circa hanc diſpoſitionem *Senatus Conſulti Liberiani*, *& d. legis Corneliæ de falſis* nonnullæ oriuntur hic rationes dubitandi, quas mox profero, & diſſoluo. Prima eſt, an eadem diſpoſitio locum habeat etiam in teſtamentis nuncupatiuis, quæ etiam dicuntur ſine ſcriptis, quatenus ſcilicet teſtator coram Notario, & duobus, vel tribus teſtibus ſuam mentem exprimit, & per Notarium in ſcriptis redigi, & per teſtes à ſe rogatos ſubſcribi curat, an ſcilicet, ſi in eodem teſtamento fuerit nominatus, & ſcriptus idem Notarius, vt tutor, qui recepit talem voluntatem, & in ſcriptis redegit, ſit reijciendus à tali munere tutelæ, an verò admittendus; Circa hanc difficultatem *Alexander conſ. 50. num. 2. & plurib. ſeqq. lib. 3.* videtur ſentire, in hac hypotheſi non eſſe reijciendum, ſed admittendum, ea potiſsimum motus ratione, quia in hac hypotheſi teſtamentum non capit vires à ſolo ſcriptore, ſed etiam à teſtibus, per quorum iuridicam depoſitionem ipſe ſcriptor poteſt ſuam probare innocentiam, ſeque aduerſus oppoſita defendere, quod etiam videntur probare *Bartolus in l. 1. §. ex illa ff. ad leg. Cornel. de falſis*, *Baldus in l. dictatum C. de teſtament.* vbi aſſerunt, quod, quando teſtamentum nuncupatiuum ſine ſcriptis factum eſt nullo ſuper eo facto inſtrumento ceſſet diſpoſitio *d. Senatus Conſultus Liberiani* eo, quia non verificantur extrema requiſita ad talem diſpoſitionem, nempe ſcriptio; Quod, ſi dicatur, quod, quamuis tale teſtamentum quoad ſubſtantiam non exigat eſſe in ſcriptis, ex quo tamen ad probationem conſcriptum eſt, habeat omnia requiſita, vt ſubſit diſpoſitioni illius Senatus Conſulti; reſpondet ſtatim *Speculator tit. de inſtrum. edit. in §. poſtremo verſ. item excipitur*, quod, quia non exigit ex genere ſuo eſſe in ſcriptis, non obſtat ex eo, quod fuerit in ſcriptis redactum, potiſsimum, cum per teſtes, qui interfuerunt diſpoſitioni teſtatoris, poſſit ſuam probare innocentiam, & excuſari. His tamen minimè obſtantibus communior ſententia docet, etiam in hac hypotheſi locum eſſe diſpoſitioni eiuſdem Senatus Conſulti Liberiani *Cynus in d. l. 1. ff. ad leg. Cornel. de falſis*, *Bellonus conſ. 80. num. 3. & ſeqq.*, *Montanus de tut. & curat. c. 10. n. 36.* eo, quod modo ſecundum generalem conſuetudinem huiuſmodi inſtrumenta rediguntur in ſcriptis, & poſſunt eſſe occaſiones, & facilitas fraudium, & materia falſi fabricandi, quę eſt ratio, quam conſiderarunt legislatores in allegatis textibus; Nec obſtat, quod ille, qui ſibi adſcripſit tutelam, poſsit ſuam innocentiam comprobare per depoſitionem teſtium, qui interfuerunt tali teſtamento; Non obſtat, inquam, quia, cum regulariter teſtes in huiuſmodi teſtamentis adhibeantur, illuſoria eſſet eiuſdem Senatus Conſulti diſpoſitio, ſi hoc ſufficeret ad eandem eludendam. Deinde hæc probatio per teſtes nimis labilis eſt, & ſuſpecta, cum de facili eorum memoria poſsit labi, nec regularitèr multum ſunt attenti, quando huiuſmodi teſtamenta teſtatori leguntur, & quandoque teſtes ſunt perſonæ idiotæ, quæ vix percipiunt, quæ leguntur.

34 Intellige etiam in teſtamento nuncupatiuo, ſeu ſine ſcriptis.

Secunda ratio dubitandi eſt, an, ſi conſcriptor teſtamenti adſcripſerit in tutorem pupillo extraneum, qui non erat ſub poteſtate eiuſdem ſcriptoris, & poſtea viuo adhuc teſtatore ille extraneus cæperit eſſe ſub poteſtate eiuſdem ſcriptoris, ſit quoad eundem extraneum locus diſpoſitioni eiuſdem Senatus Cõſulti, adeo ut irrita ſit ipſius tutela? Hoc expreſsè videtur deduci, quod ſcilicet non ſit locus eidem Senatus Conſulto, nec irrita ſit talis tutela ex textu *in l. de eo §. illud conſtat ff. ad leg. Corn. de falſis*, quia pro tẽpore, quo fuit adſcriptus, erat habilis, nec poterat eſſe illa ſuſpicio fraudium, quæ conſideratur per huiuſmodi leges, nec vitiatur ex eo, quod poſtea ad eum caſum peruenerit, à quo incipere non poterat per textum *in l. in delictis §. ſi extraneus ff. de noxal. & l. 3. C. de interd. matrim. & l. donationes in princip. ff. de donat. & l. ſi quo ff. de ritu nupt. & l. ſi tutores §. fin. ff. quod iuſſu*.

35 Si Notarius ſcribat tutorem extraneum, qui poſtea fiat eiuſdem Notarij ſubditus, talis tutor tenet.

Tertia ratio dubitandi eſt in ordine ad pænas, quæ aduerſus contrafacientes iniunguntur *per huiuſmodi Senatus Conſultum Liberianum*, *& per legem Corneliam de falſis*, an, ſi filius, vel ſeruus ſub poteſtate Patris, vel Domini Patrem, vel Dominum tutorem in teſtamento conſcripſerit, huiuſmodi pænas incurrat idem filius, vel ſeruus conſcribens, an verò Pater, & Dominus conſcriptus? Gloſa *in d. l. de eo in verb. committitur ff. ad leg. cornel. de falſ.* iuxta Accurſium videtur ſentire huiuſmodi pænas afficere Patrem, vel Dominum adſcriptos,

36 Pænæ contra ſe ipſos vel ſuos ſcribentes tutores in teſtamentis.

ſcriptos, non verò filium, & ſeruum ſcribentes, addita ratione, quia filius, & ſeruus voluntate Patris, & Domini præſumuntur adſcripſiſſe per textum *in l. Diuus ff. ad leg. Cornel. de falſis*. Si autem inquiratur, quænam ſint pænæ aduerſus ſcribentes ſe, & alios in ſua poteſtate poſitos tutores, & legatarios in teſtamentis? tunc dicam iuxta textum *in l. 1. §. pæna falſi ff. ad leg. Cornel. de teſtam.* eſſe deportationem, & omnium bonorum publicationem, reſpectu verò ſerui, vltimum ſuplicium. Intellige quoad ſeruum, ſi ſibi ipſi tutelam adſcripſerit, vel Domino ſine voluntate eiuſdem.

PRÆNOTIO IX.

Expenduntur nonnulla ad tutorem teſtamentarium pertinentia.

SVMMARIVM.

Tutor teſtamentarius ſecundum diſpoſitionem iuris communis non poteſt adminiſtrare tutelam, niſi prius fuerit adita hæreditas. 1.

Attentis iuribus municipalibus aliquorum locorum immediatè adminiſtrat. 2.

Non obſtante regula ordinis ſucceſſiui inter tutores Attilianus admittitur ante teſtamentarium. 3.

Aſſignatur ratio talis primariæ admiſſionis. 4.

Si hæreditas fuerit pluribus delata, & ab vno tantum adita, tutor teſtamentarius poteſt plenè adminiſtrare. 5.

Tutor datiuus datus pluribus altero ad pubertatem adueniente ſecundum Montanum ceſſat quoad omnes, non ſic teſtamentarius. 6.

Secundum Gratianum, ſi maior fuerit numerus puberum tutor teſtamentarius ceſſat quoad omnes, ſecus, ſi fuerit maior numerus impuberum. 7.

Tutor teſtamentarius ſecundum veritatem perſeuerat quoad impuberes, quamuis deſinat quoad puberes. 8.

Dato tutore teſtamentario ſub conditione, & pendente conditione dato altero à Iudice ex inquiſitione, eadem pendente admittitur tutor à Iudice datus, eaque purificata ſubingreditur teſtamentarius. 9.

Quid ſentiendum ſit, ſi teſtator dixerit, Caius ſit tutor filij mei, donec nõ aberit ex cauſa Reipublicæ, *an abſolutè ceſſat munus tutelæ, ſi abſuerit, an verò ſuſpendatur.* 10.

Particula donec, *an ſit limitatiua, an tantum ſuſpenſiua.* 11.

Tutore hoc modo dato abſente ex cauſa Reipub. ceſſat in eodem munus tutelæ. 12.

Si teſtator dixerit Caius ſit tutor filij mei donec non aberit, cum cæperit abeſſe non ſit tutor, ſed ſi redierit, iterum ſit tutor, *ceſſat prima tutela, & poſito reditu noua tutela conſtituitur.* 13.

Illa particula, donec, *eſt limitatiua, & reſtrictiua.* 14.

Poſito reditu poteſt conueniri actione tutelæ pro adminiſtratione præcedenti. 15.

Et vtique per alios contutores, ſi quos habet, vel per alium tutorem, ſeu curatorem aſſignandum à Iudice. 16.

Si tutor ſic datus ex prima tutela ſit debitor, & pupillus habeat alios tutores, & prior medio tempore fiat impotens, alij tutores tenentur ob neglectum in agendo tempore opportuno. 17.

Si primus tutor fuerit confiſcatus, curator poteſt agere contra fiſcum pro indemnitate pupilli pro commiſſis ab eodem tutore. 18.

Pater pupillo proprio, quamuis exhæredato poteſt teſtamento tutorem dare. 19.

Si teſtator teſtamento dederit tutorem furioſum, vel amentem cum ſcientia talis qualitatis tenet datio, & tunc incipit, quando deſinit illa qualitas. 20.

Si verò dederit cum ignorantia, probabilius non tenet ob defectum conſenſus. 21.

Si teſtator ignorauerit, ſe filium aliquem habere, nouerit tamen ſe alios habere, & dixerit ſe filijs ſuis relinquere Titium tutorem ſententia aſſerens talem tutorem extendi ad filium ignoratum. 22.

Probabilius ille filius ignoratus non venit ſub tutela data alijs filijs. 23.

Soluuntur rationes contrariæ ſententiæ. 24.

Si Pater filijs ſuis poſthumis dederit tutores, & tempore conditi teſtamento alios iam natos habuerit, probabilius eſt, quod nati non veniant ſub illa tutelari diſpoſitione. 25.

Si pro tempore conditi teſtamenti nullos natos habuerit, & poſt teſtamentum nati fuerint ante obitum Patris, probabilius veniunt ſub illa tutela. 26.

Si filij aliqui nati fuerint poſt teſtamentum, ſed ante obitum Patris, & alij poſt obitum eiuſdem, omnes comprehenduntur ſub tutela. 27.

Datis pluribus tutoribus teſtamentarijs altero deficiente non reſoluitur tutela quoad omnes. 28.

Excipe, niſi dederit per verba negatiua, vel æquiualentia negatiuis. 29.

Poteſt tamen in defectum eius, qui deceſſit, alter dari. 30.

Vbi tamen ſuperſtites eſſent ſufficientes, alius non eſſet ex neceſſitate dandus. 31.

In caſu, quo alius eſſet dandus ob inſufficientiam ſuperſtitum à Iudice eſſet dandus. 32.

Dato vno tutore in teſtamento, & altero in co-

coditillo intelligitur facta accessio, non reuocatio primi. 33.

Non valet in hoc argumentum à procuratore ad tutorem. 34.

Seruus alienus, an possit constitui tutor simul cum libero, 35.

Quamuis seruus alienus purè, & vtiliter dari non possit tutor, potest tamen dari sub conditione, & quomodo. 36.

Expenditur textus in l. si pupillorum Pater C. de test. tut. 37.

Expensis testatoris est redimendus ad effectum, vt sit tutor. 38.

Textus hic non ponit necessitatem in Domino seruum illum manumittendi. 39.

Hic seruus sic manumissus in rigore non sustinetur in vim tutoris, sed curatoris adiecti. 40.

Ille seruus sic manumissus non esset tutor testamentarius, sed datiuus. 41.

Si testator dixerit Titius sit tutor filij mei, si viuat, si autem non viuat, sit Tutor Fabius, & Titius vixerit, & administrauerit, & postea decesserit secundum aliquos immediatè succedit Fabius. 42.

Secundus alios, & congruentius non succedit, sed aperitur via legitimo, seu datiuo. 43.

Si tutor testamentarius excusetur, vel remoueatur, aperitur locus datiuo, non legitimo. 44.

Si tamen testamentarius ante susceptionem tutelæ fuerit excusatus, aperitur via legitimo. 45.

Ratio, ob quam, quando testamentarius suscepit tutelam, non admittatur legitimus. 46.

In controuersia de validitate testamenti, in quo Pater exhæredato filio eidem tutorem constituit, ille tutor est per Iudicem confirmandus. 47.

Sententia asserens, quod ille tutor dicendus sit testamentarius, si testamentum declaretur validum, datiuus, si declaretur inualidum. 48.

Sed probabilius est, quod sit testamentarius. 49.

Et potest exigere tutelam actione ex testamento. 50.

Tutores testamentarij ante susceptionem tutelæ non tenentur satisdare rem pupilli saluam fore. 51.

Si vnus ex tutoribus offerat satisdationem, Iudex tenetur eandem alijs exponere, qui si nolint, debet administrationem offerenti decernere. 52.

Si persona offerens sit suspecta, flagitiosa, est excludenda, & alij admittendi ad administrationem. Ibid.

Si cæteri contutores sint magnæ æstimationis, & famæ non sunt excludendi ex alterius oblatione. Ibid.

Si vnus ex tutoribus fuerit ab alijs electus ad administrationem, & alius obtulerit satisdationem, hic præferendus erit cæteris paribus. 53.

Si vnus tantum administrauerit, cæteri non habent beneficium excussionis durante tutela, benè tamen eadem finita. 54.

Fallit tamen secundum aliquos, si ille satisdederit. 55.

PLacet sub præsenti titulo principaliora explicare, quæ ad tutorem testamento datum pertinere possunt, ne eadem hinc inde sub diuersis titulis cum confusione emendicare teneamur, minutiora alia alibi, secundum quod materia exiget examinanda relinquentes. Vt expeditius, quantum fieri potest, procedamus, & clarius, singula sub excitatis dubijs, & suis respectiuè responsionibus expediemus.

Dubitatur primo, an tutor eo ipso, quod testamento datus est, possit secuta morte testatoris, assumere tutelam, eamque administrare?

1 Tutor testamentarius ne, quit administrare ante aditam hæreditatem.

Respondeo, secundum dispositionem iuris communis non posse, nisi prius adita fuerit hæreditas per eundem testatorem relicta. *Angelus in §. ad certum num. 2. Instit. Qui testament. tut. & ibid. additio ad Portium num. 2., Montanus de tut. & curat. c. 10. n. 44. infin. & c. 13. num. 10. & c. 21. num. 2., Onotimus Instit. de Attilian. tut., Caualerius decis. 207. per tot., Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. tutela num.* 7. Hoc clare deducitur *ex l. si nemo ff. de testam. tut.*, & ratio ex eo deducitur, quia tutor testamentarius non confirmatur, nisi adita hæreditate, nec ipse potest adire, quia munus ipsius non incipit, nisi post eandem hæreditatem aditam; ideo necesse est interim, dari pupillo Attilianum tutorem ad adeundam hæreditatem, cuius auctoritas, & officium cessat statim facta aditione, & immediate succedit testamentarius.

2 Attentis iuribus municipalibus aliquorũ locorum immediatè administrat.

Dixi *secundum dispositionem iuris communis*, nam attentis statutis, & iuribus municipalibus aliquarum regionum, non est necessaria talis aditio ad effectum, vt tutor testamentarius possit administrare, cum ipso iure ex eorum dispositione transferatur, seu melius continuetur, prout etiam specialiter videtur definiri in hoc Mediolanensi dominio per nouissimas Constitutiones in titulo de continuanda possessione defuncti, vbi dicitur, quod possessio bonorum defuncto possessore non vacet, sed sit, & intelligatur continuata immediatè in eius hæreditatem, seu hæredem, seu hæredes, vnde, si est continuata

possessio immediatè, non est, cur immediatè testamentarius tutor non possit se ingerere in administratione.

Dubitatur secundo, quomodo possit sistendo in terminis iuris communis dari tutor Attilianus ad adeundam hæreditatem pro pupillo per Iudicem, extante regula generali *in l. tutor Reipublicæ §. 1. ff. de tut. & ration. distr. l. non solum §. si libertas ff. de excus. tut. l. sorores C. qui dari tut.*, quam regulam comprobant DD., & signanter *Alexander cons. 161. lib. 5. num. 1. & 2.* ex ordine, quem seruant tutores, vt scilicet primo admittantur testamentarij, si extant, secundo legitimi, & tertio datiui *Ottnotimus in §. permissum Instit. de tut., Montanus de tut. & curat. c. 7. n. 1. & seqq., Gutierez de tut. part. 1. c. 2. n. 2. & seqq., Borgninus de tut., Balthassar Thomasius de tut. & curat. tit. 2. c. 1. per totum, & tit. 3. c. 1. per tot.* Si igitur tutor testamentarius non potest adire hæreditatem, nec administrare ante aditionem, succedit immediatè legitimus, nec alius per Iudicem dari poterit.

3 Non obstante regula ordinis successiui inter tutores Attilianus admittitur ante testamentarium.

Respondeo, præfatam regulam ordinis successiui inter huiusmodi tutores non habere locum, quando est spes testamentarij *Angelus in §. quod autem n. 2. Instit. de legit. tut., Montanus de tut. & curat. c. 10. n. 46., Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. tutela nu. 9. propè medium*, vnde etiam dicitur, quod tutori datiuo non possit esse locus, donec adest testamentarius, nisi esset aliquod impedimentum temporale, quo cessante cessat datiuus tutor, quando autem impedimentum esset perpetuum, aperitur via proximiori in gradu adinstar successionis per ea, quæ docent *Gratianus discept. for. c. 63. per totum, Montanus de tut. & curat. c. 13. & 14. per totum.* Hoc totum videtur expresse colligi *Instit. de Attilian. tutor. in princip. & in §. sed & si in testamento, & §. ab hostibus Instit. eod.* Si autem inquiratur ratio, cur sit locus datiuo in data hypothesi, non immediatè ex necessitate aperiatur via legitimo? arbitrarer id ea ratione prouenire, quia semel aperta via legitimo tutori non amplius excluditur, adeoque eiusdem admissio esset in præiudicium testamentarij, & contra mentem testatoris; tutor autem datiuus admissus ad aliquem actum stante impedimento, adimpleto actu, & cessante impedimento cessat, & ipso iure subintrat testamentarius.

4 Assignatur ratio talis primariæ admissionis.

Dubitatur tertio. Cum dictum fuerit in præcedentibus, quod tutor testamentarius non possit tutelam administrare, donec adita fuerit hæreditas, an, si hæreditas fuerit pluribus delata, & ab aliquo tantum adita, possit idem tutor testamentarius administrare quoad omnes, an verò quoad nullos, an verò tantum quoad illos, qui adiuerunt?

Respondeo eo ipso, quod aliquis ex hæredibus adiuerit, tutorem testamentarium plenè administrare eandem tutelam *Glosa in l. si nemo ff. de testam. tut., & in §. 2. in verb. nemo Inst. t. de Attilian. tut.* Hoc expressè habetur *in d. l. si nemo* -Ibi- *Si verò vnus ex pluribus hæredibus adierit, tutela statim valeat, nec expectandum erit, vt omnes hæreditatem adeant*, hocque contingeret, quando simul cum pupillis alius esset cohæres institutus, qui ex se posset hæreditatem adire. Ratio est, quia per illam aditionem hæreditatis per vnum ex hæredibus factam intelliguntur firmata ea omnia, quæ continentur in testamento, & per consequens etiam tutela, quinimmo vno adeunte censentur per illum omnes alij adijsse, & sicuti hæreditas non potest pro parte adiri, & pro parte repudiari, ita vt, si in parte fuerit repudiata, hæc pars accrescat parti aditæ, ne quis decedat pro parte testatus, & pro parte intestatus, vel pro parte cum hærede, & pro parte sine hærede *Maranta in l. is potest num. 18. & seq. ff. de acquir. hæred., Sperellius decis. 146. n. 7. & seqq.*, ita non potest vnus pro parte adire, & alius non adire, ne eadem hæreditas sit pro parte vacans, & pro parte non vacans; vnde iura ad hunc effectum fingunt, quod, vbi fuerit per vnum adita, intelligatur etiam adita per alios.

5 Si hæreditas fuerit pluribus delata, & ab aliquo tantum adita tutor testamentarius potest plenè administrare.

Dubitatur quarto. An tutor testamento datus pluribus filijs impuberibus perseueret integrè in eadem tutela, si aliqui ex eisdem postea facti fuerint puberes?

Montanus *de tut. & curat. c. 37. nu. 66.* distinguit inter tutelam datiuam, & testamentariam, & asserit, quod duobus ex fratribus impuberibus, altero facto puberi finiatur tutela actiua, & frater impubes reincidat in potestatem fratris puberis, quia datiua cedit tutelæ legitimæ, non sic testamentariæ saltem in ordine ad fratrem adhuc impuberem, quia semper legitima tutela cedit testamentariæ per textum *in l. si tutor §. si duobus ff. de tut. & rat. distrah. l. si tutores C. de testam. tut.*

6 Tutor datiuus pluribus datus secundum Montanum, altero ad pubertatem deueniente cessat quoad omnes, non sic testamentarius.

Stephanus *Gratianus discept. for. c. 914. num. 35. & seqq.* videtur quoquo modo distinguere habita consideratione ad maiorem, vel minorem numerum fratrum impuberum, adeout, si maior fuerit numerus impuberum, administratio

de-

debeat ſtare penes tutorem teſtamentarium per textum *in l. ſi quæ cautiones* 5. *ff. famil.ercisc.*, ſecus, ſi fuerit minor numerus impuberum comparatiuè ad puberes, quod tamen videtur limitare, vt procedat ſolum, quando agitur de re indiuiſibili, ſecus, quando de re diuidua, prout etiam explicare videntur *Baldus in d. l. ſi quæ emptiones ff. famil. ercis. & in auth. ex teſtamento nu.* 14. *verſ. decimum octauum capitulum C. de collat.*, *Curtius Senior conſ.* 66. *col.* 11. *in fin. verſ. modo in propoſito noſtro num.* 12. *&* 13., quia, quando res ſunt diuiduæ, ea, quæ ſpectant ad natu maiores, debent per eos adminiſtrari, & non per alium non ipſis beneuiſum, prout etiam docent *Valaſcus in praxi partit. & collat. c.* 4. *num.* 21., *& Alexander conſ.* 4. *num.* 5. *lib.* 4.

7 Secundum Gratianum, ſi maior fuerit numerus puberum ceſſat quoad omnes, ſecus, ſi maior numerus impuberum.

Reſpondeo iuxta ſuperius dicta *ſub hoc eodem titulo de tut. & curat. prænot.* 7. *aſſert.* 7. *per totum*, *& iuxta mentem Montani, & Gratiani* mox allegatorum, teſtamentariam tutelam perſeuerare in filijs impuberibus, quamuis deſinat quoad factos puberes, quantumuis impuberes eſſent in maiori numero. Expreſsè hæc reſponſio colligitur ex textu *in l. ſi tutor* §. *ſi duobus ff. de tut. & ration. diſtrah.* Ibi. *Quamuis, ſi teſtamento datus fuiſſet, non deſineret eſſe tutor eius, qui adhuc eſt impubes, quia ſemper legitima tutela teſtamentariæ cedit*, & licet in hoc textu ſolum disponatur, quando duo ſunt fratres, & alter egreditur fines impubertatis, altero in impubertate manente, quæ diſpoſitio non videtur poſſe trahi, quando plures ſunt filij, & maior numerus eſt impuberum, cum maior numerus trahat ad ſe minorem; nihilominus re ſecundum ſe conſiderata, cum ſecundum ſe tutela finiatur deſinente impubertate ſimpliciter, non eſt, cur, ſi aliquis e filijs exceſſerit terminos impubertatis, non debeat ab onere tutelæ exire, quia impubertas aliorum non debet eidem præiudicium inferre. Hoc idem euincitur ex textu *in l. ſi tutores C. de teſtam. tut.* vbi dicitur, quod frater impuberis tutorem teſtamentarium non excludat; Nec obſtant ea, quæ dicuntur de tutela datiua, quæ ceſſat, altero ex fratribus excedente limites impubertatis; Non obſtant, inquam, quia tutela datiua cedit legitimæ, non ſic teſtamentaria. Recole, quæ dicta ſunt *dict. prænot.* 7. *aſſert.* 3. *per totum*.

8 Tutor teſtamentarius perſeuerat quoad impuberes, licet ceſſet quoad puberes.

Iura pro hac reſolutione.

Dubitatur quinto, An, ſi teſtamento tutor datus fuerit ſub conditione, & pendente conditione alius datus fuerit ex inquiſitione, ille ceſſet, an verò admittendus ſit ille datus ex inquiſitione.

Reſpondeo, pendente conditione admittendum eſſe tutorem à Iudice per inquiſitionem aſſignatum, purificata deinde conditione, tutorem datum à Iudice deſinere, & ſubingredi tutorem datum in teſtamento. Expreſsè colligitur ex textu *in l. ſi tutor* §. *ſi duobus ff. de tut. & rat. diſtrab.* Ibi- *Si teſtamento ſub conditione tutor datus ſit, deinde alius medio tempore ex inquiſitione, dicendum eſt, eſſe locum tutelæ iuditio exiſtente conditione, quia tutor eſſe deſinit*. Congruit cum ijs, quæ in præcedentibus dicebamus, quod ſcilicet exiſtente in tutore teſtamentario impedimento temporaneo aperiatur locus tutori datiuo, quo impedimento ceſſante immediatè teſtamentarius tutor ſubingrediatur. Ex quo ſequitur, quod poſtea detur actio tutelæ aduerſus tutorem datum pro tempore, quo tutelam adminiſtrauit.

9 Tutor teſtamentarius ſub conditione pendente conditione nō adminiſtrat, benè tamen purificata conditione.

Dubitatur ſeptimo. An, ſi tutor datus fuerit in teſtamento ſub hac forma. Caius ſit tutor filij mei, donec non aberit ob cauſam Reipublicæ, cum cœperit abeſſe, non ſit tutor, an, inquam, ſi cauſa eiuſdem Reipublicæ abſuerit per aliquod temporis, & deinde reuerſus fuerit, poſſit ſubingredi in tutelam, eumque excludere, qui interim a Iudice datus fuerit?

10 Dubium excitatū in caſu, quo teſtator dixerit Caius ſit tutor filij mei donec non aberit ex cauſa Reipub.

Ratio dubitandi deſumitur ex illa particula, *donec*, an ſcilicet ſit limitatiua temporis, adeout vltra illud diſpoſitio ſimpliciter ex mente teſtatoris ceſſet, an verò ſolummodo ſuſpenſiua, adeout poſito effectu abſentiæ ex cauſa Reipublicæ, diſpoſitionis effectus ſolummodo ſuſpendatur, qua ſublata abſentia ad modum conditionis in ſuo eſſe reſtituatur. Et quidem illam particulam eſſe limitatiuam, & reſtrictiuam ſimpliciter docent *Bartolus in l.* 1. *col.* 6. *ff. de condit. & demonſt.*, *Gratus conſ.* 81. *num.* 26. *lib.* 2., & operatur, vt vltra tempus a teſtatore præfixum non poſſit extendi *Pariſius conſ.* 20. *num.* 7. *lib.* 3., *Rota Romana in vna Romana hæreditatis de Vannis* 17. *Februarij* 1606. *coram Cardinal. Marquemontio* impreſſa per *Farinacium deciſ.* 162. *num.* 3. *part.* 2. *recent.*, vnde etiam plurimi ſtatuunt, quod illa particula non importat conditionem, ſed tempus, *Rota Romana deciſ.* 190. *num.* 6. *part.* 1. *in poſthumis Farinacij, alias part.* 3. *recent.* Diſpoſitio autem relata ad tempus, ſeu vſque ad determinatum tempus adueniente eodem tempore ſimpliciter ceſſat, vt ſignanter in caſu tutelæ teſtamentariæ ſtatuitur *in d. l. ſi tutor Reipublicæ cauſa in princip. ff. de tut. & ration. diſtrah.* Ex aduerſo eſſe dumtaxat ſuſpenſiuam docent *Socinus Iunior conſ.* 69. *num.* 113. *lib.* 1., *Albertus*

11 Particula donec, an ſit limitatiua, an ſuſpenſiua.

Brunus

Brunus in tractu de statuto, quod stante masculo art. 10. *q.* 5. *num.* 72., vnde iuxta hanc opinionem videtur dicendum, quod eueniente casu absentiæ tutoris dati in testamento suspendatur dumtaxat exercitium eiusdem tutelæ, qua postea absentia cessante reuiuiscat, hocque conformius videtur menti testatoris in nostra hypothesi, nam ex quo talem tutorem elegerit, & solum excusauerit ex causa absentiæ in fauorem Reipublicæ, colligitur voluisse, quod non extante tali absentia ob huiusmodi causam Reipublicæ non excusandus esset. Quid iam in hac controuersia concludendum?

Respondeo, cum distinctione, vel etenim testator in illa dispositione dixit

12 Tutore dato hoc modo absente cessat munus tutelæ.

Caius sit tutor filij mei, donec non aberit causa Reipublicæ, cum cœperit abesse, non sit tutor, sed si redierit, iterum sit tutor, vel solummodo dixit *Caius sit tutor filij mei donec non aberit causa Reipublicæ, cum cœperit abesse, non sit tutor*, & nihil aliud addidit. Quocunque ex his modis concipiatur dispositio testamentaria per absentiam eiusdem Caij causa Reipublicæ cessat tutela, cum hoc tamen discrimine, quod cessante causa absentiæ ratione Reipublicæ, & eodem Caio redeunte iuxta primum membrum idem Caius admittitur item ad tutelam, non tamen continuando primam, sed nouam tutelam incipiendo; iuxta secundum verò membrum iterum ad tutelam non admittitur, nisi per Iudicem superueniente causa eligatur. In hanc meam responsionem arbitror simplicitèr consentire *Glosam in d. l. si tutor Reipublicæ ff. de tut. & ration. distrah. in verbo si duobus*, dum referens hunc casum, quo testator tutorem instituit, donec non aberit ob causam Reipublicæ, & si abierit ex dicta causa, non sit tutor, & si postea redierit sit tutor, dicit in hoc casu duas interuenire respectu eiusdem instituti tutelas, vnam ante recessum, alteram post reditum, adeout non obstante regula, quod tutor durante tutela non possit conueniri actione tutelæ asserat, quod in hoc casu post reditum non obstante, quod reinciperet tutelam, possit conueniri de prima, quia non est eadem tutela, quod confirmat ex eodem textu *in l. si tutor §. si duobus ff. de tut. & rat. distrab.* per illa verba. *Absurdum enim erat à tutore administrationis rationem negotiorum pupilli exposci, in qua adhuc perseueret. In qua autem desijt esse tutor, & iterum capit esse, sic ex pristina administratione tutelæ debitor est pupillo, quomodo, si pecuniam creditam à patre eius accepisset*, quæ certè locum non haberent, si esset vna, & eadem continuata tutela.

13 Si testator dixerit Caius sit tutor donec aberit, cum cæperit abesse nō sit tutor, si redierit sit tutor posito reditu noua tutela constituitur.

Ratio in vniuersum ex ijs desumitur, quæ dicebantur in explicatione illius particulæ, *donec*, iuxta primam sententiam asserentem eandem esse limitatiuam, & restrictiuam, ita vt vltra tempus à testatore præfixum, nequeat dispositionem extendere, quod etiam specialitèr indicatur in eadem *glosa in l. si tutor*, dum dicitur in eadem, cum cæperit abesse, non sit tutor, quæ particula vtpotè negatiua est simplicitèr exclusiua, non merè suspensiua, quod etiam indicatur in textu. Ibi. *Si testamento sub conditione tutor datus sit, deinde alius medio tempore ex inquisitione, dicendum est locum esse tutela iudicio existente conditione, quia tutor esse desinit*, vbi nota hanc vltimam particulam, *quia tutor esse desinit*, quæ non inuoluit meram suspensionem, quod etiam clarius habetur in subsequentibus particulis. *In qua autem desijt esse tutor, & iterum capit esse sic ex pristina administratione tutelæ debitor est pupillo*. Quæ, li sic verificantur, quando testator dixit, *sed si redierit, iterum sit tutor*, non video, cur a fortiori verificari non debeant, si simplicitèr dixerit, *cum caperit abesse, non sit tutor?*

14 Illa particula donec est limitatiua, & restrictiua.

Ex ijs omnibus deducere fas erit, *cum eadem Glosa loc. cit.*, quod non obstante, quod post reditum reassumpserit, seu incæperit de nouo esse tutor, possit conueniri actione tutelæ ob administrationem antecedentèr habitam, cum sit tutela omninò disiuncta a secunda, quam reincæpit.

15 Posito reditu potest conueniri pro administratis præcedenter.

Dubitatur octano, cum dictum fuerit, tutorem post reditum in terminis præcedentis dubitationis reassumentem tutelam, seu eandem incipientem posse conueniri pro prima tutela, quomodo hæc actio tutelæ possit intentari, cum pupillus ipse non possit agere?

Respondeo, vel pupillus habet alios contutores, vel non habet; si alios contutores habet, in secunda tutela per hos conueniri debet actione tutelæ; si verò contutores non habeat, assignandus erit per Iudicem, per quem conueniatur; hoc expressè deducitur per textum *in d. l. si tutor §. si duobus ff. de tut. & ration. distrab.* Ibi. *Nam si solus tutor est, vtique ipse secum non agat, sed vel per specialem curatorem conueniendus est, vel pone eum contutorem habere, qui possit aduersus eum iudicium suscipere, ex qua causa cum eo tutelæ agi potest.*

16 Et vtique per alios contutores, si quos habet, vel per curatorem à Iudice assignandum.

Quinimmo ex eodem textu deducitur, quod, si tutor debitor ex prima tutela medio tempore soluendo esse desie-

tit,

rit, teneantur ipsi contutores ad illius debitum ob neglectum in agendo tempore opportuno. Ibi: *Quinimmo, & si medio tempore soluendo esse desierit imputabitur contutoribus, cur non egerint cum eo*.

17 Si primus tutor sit debitor ex prima tutela, & medio tempore fiat impotens cæteri tutores tenentur de neglecto.

Quid verò sentiendum sit, si tutor debitor ex prima tutela medio tempore fuerit confiscatus? tunc curator, si specialitèr datus fuerit, vel contutores, si fuerint, agere poterunt aduersus fiscum pro indemnitate pupilli pro commissis per eundem tutorem confiscatum, vt expresè colligitur ex *d. textu in l. si tutor §. si duobus verbo, sed si fuerit tutor confiscatus*.

18 Si tutor fuerit confiscatus curator agat contra fiscum pro commissis ab eodem tutore.

Quamuis autem tutor in eadem tutela perseueraret, & noua nō esset inducta per extinctionem primæ, licet durante tutela ipse non possit conueniri actione tutelæ, indubitati iuris est, quod alijs actionibus posset conueniri *ex eodem §. si duobus in verb. cæteræ actiones in fine*, licet *Glosa ibid. in verbo competunt* asserat, quod licet aliæ actiones natæ sint, non tamen possint intentari ad differentiam actionis tutelæ, quæ etiam durante tutela nata non intelligitur, an hoc attendendum sit pro nunc non iudico.

19 Pater pupillo proprio, quamuis exhæredato potest testamento tutorem dare.

Dubitatur nono. An pater pupillo proprio, quantumuis exhæredato possit testamento tutorem dare?

Respondeo affirmatiuè. Expresè habetur *in l. Pater hæredi ff. de testam. tut.*; nec in hoc diù est hæsitandum, quandoquidem ex præactis tutela datur principalitèr personæ, rebus verò non nisi secundario per textum *in l. quia personæ ff. de testam. tut. & §. certè Instit. Qui dari tut. pos.*, vnde etiam rebus à pupillo deficientibus per exhæredationem non est, cur non possit tutorem in ordine ad personam recipere.

Ad hoc etiam non modicum conferre potest id, quod habetur *in §. non solum Instit. de pupil. substitut.* vbi potest fieri substitutio pupillaris non solum filio instituto, sed etiam exhæredato per Patrem, & veniunt in eam bona pupilli, vndequaque quæsita, ergo etiam filio exhæredato poterit Pater dare tutorem testamento; si enim Pater potest pupillaritèr substituere in ordine ad bona, quæ ex ipso Patre nō prouenerunt, cur non poterit dare tutorem in ordine ad personam, quæ erat sub plena ipsius potestate?

Dubitatur decimo. An testamento tutor inhabilis datus, puta furiosus, aut amens intelligatur simplicitèr inutilitèr datus?

Respondeo. Furiosum, seu amentem, seu alium quemcunque inhabilem duplicitèr posse dari in testamento, vel scienter sub conditione, si habilis fuerit effectus, vel purè nulla apposita conditione; Si sub conditione modo exposito, certum est, subsistere huiusmodi dationem, prout colligitur ex textu *in l. si hæreditas nondum adita §. si furiosus testamento ff. de testam. tut.*, quod etiam colligi videtur *ex l. tutor datus ff. eod. tit.* vbi licet dicatur, quod datus tutor sub conditione deficiente conditione non sit tutor, tamen rectè infertur, quod, si purificetur conditio, teneat datio. Si verò datus fuerit inhabilis purè, nulla adiecta conditione, tunc licet aliqui negant tenere talem dationem, re tamen vera tenet, & tunc incipit, quando ille desinit esse inhabilis, furiosus, & demens, prout colligitur *ex eodem §. si furiosus testamento in fin.*; & hoc intelligitur ex præsumpta voluntate eiusdem testatoris, qui, ex quo ipsum instituit inhabilem cum scientia inhabilitatis videtur approbasse pro tempore habilitatis, seu cum fuerit habilis effectus. 20 Si testator dederit tutorem furiosum, & amentem cum scientia tenet datio, sed non potest agere, nisi dum cesset furor, & amentia.

Quod, si supponas, quod testator fuerit ignarus furoris, dementiæ, & inhabilitatis eius, quem tutorem dedit in testamento, & inquiras, an talis datio subsistat, ita vt cessante furore, dementia, aliaque inhabilitate possit datus administrare tutelam? Videtur absolutè dicendum, quod non, & hoc ex defectu præsumpto consensus, quia, si testator cognouisset, probabilius non dedisset ad normam serui dati in tutorem testamento cum ignorantia qualitatis, seu conditionis seruilis respectu testatoris, tunc etenim ipse seruus, non intelligitur per talem dationem, nec liber, nec tutor per textum *in §. 1. Instit. Qui testam. dar. pos.*, quod etiam verificari videtur in præsenti hypothesi, secundum quam inhabilis datus est cum ignorantia inhabilitatis in testatore dante. Ex alio capite, cum illa inhabilitas non supponatur perpetua, videtur vtiliter datus relatiuè ad tempus, cum habilis factus fuerit, & in hoc etiam videtur militare textus *in d. l. si hæreditas §. si furiosus ff. de testam. tut.* vbi tutor purè datus, si sit furiosus, videtur rectè datus, & tunc incipit esse tutor, cum sapere cæperit, nec in hoc fit distinctio, an fuerit datus cum scientia, vel ignorantia furoris, adeoque textus est simplicitèr intelligendus. Quid tam in hac controuersia concludendum? 21 Si dederit cum ignorantia, probabilius non tenet ob defectum consensus. Arbitror potius inutiliter datum propter defectum consensus eiusdem testatoris, qui non supponitur esse cum illa ignorantia, cum nil magis aduersetur consensui, quem error, & ignorantia per textum *in l. 4. §. vlt. ff. si quis caut. l. si*

per

per errorem 15. ff. de iurisd. omn. iud., & errantis nullus est consensus, & voluntas ex vulgatissimis iuribus; Neque dici potest, quod, cum consensus fuerit absolutè positus, referatur ad tempus habilitatis, pro quo firmitatem recipit ab eadem habilitate tunc succedente, ea proportionali ratione, qua quis contrahens matrimonium cum ignorantia impotentiæ in altero coniuge, & illa impotentia non sit perpetua, sed cessat, à tempore, quo eadem cessat, conualidatur consensus antecedentèr præstitus; Non, inquam, dici potest, quia, cum pro illo tempore, pro quo datus est cum ignorantia illius conditionis inhabilitatis, incipere non potuerit consensus, cum non fuerit cum debita scientia requisita ad valorem illius, non potuit vim aliquam conferre pro subsequentibus casibus, cum non fuerit positus sub aliqua conditione relata ad illos casus, vnde consensus deficit in sua origine; nec valet exemplum allatum de illa ignorantia impotentiæ, quia, cum consensus intelligi debeat regulatus secundum dispositionem iuris, secundum quam non irritatur ex impotentia contractus, nisi illa fuerit perpetua, non intelligitur ille consensus deficere, nisi eadem impotentia perpetua existente, & si non est consensus ad illam qualitatem ob ignorantiam eiusdem, est tamen consensus quoad substantiam, quod sufficit in contractibus ex genere suo indissolubilibus; quæ ratio non valet secundum præsentem hypothesim, secundum quam, nec etiam quoad substantiam intelligitur positus consensus, cum ignorans non præsumatur voluisse dare personam inhabilem ad munus, ad quod eam assumpsit, & si tunc cognouisset, certum est saltem præsumptiue, quod personam illam non elegisset.

Soluuntur instantiæ oppositæ.

Dubitatur vndecimo. An, si testator ignorauerit se filium aliquem habere in particulari, nouerit tamen, se alios habere, & in suo testamento dixerit se filijs suis relinquere Titium tutorem, an, inquam, in illa dispositione indefinita tutelæ pro filijs intelligatur comprehendisse etiam illum, quem ignorauit vt suum.

Videtur absolutè affirmandum, quandoquidem in tutela generali filiorum veniunt omnes, qui sunt filij eius, qui disponit de tali tutela, nec obstat, quod vnum ignorauerit vt filium, tum quia ignorantia non tollit, quin ille sit filius, & licet illum in actu elicito non comprehenderit, in actu debito intelligitur comprehendisse, & si sciuisset, non exclusisset; tum quia, si in sua dispositione testamentaria dixerit se relinquere Titium filio suo tutorem, & plures habuerit filios intelligitur omnibus vtiliter eum dedisse per textum *in l. si quis ita dixerit ff. de testam. tut.*, ergo à fortiori, si dixerit, se Titium dare tutorem filijs suis indefinitè, intelligitur per hoc dedisse etiam filio suo, quem ignorauit. Adde, quod, si dixerit se Titium reliquere tutorem filijs suis intelligatur per hoc dedisse non solum filijs natis, quam nascituris per ea, quæ habentur *in l. si quis filiabus 5. ff. de testam. tut.*, & tamen nascituros non videtur agnouisse. Adde secundo, quod non est præsumendum, quod ipsum voluerit relinquere sine subsidio tutelari, & sicuti ipse venit in hæreditate cum cæteris fratribus, quantumuis pro tempore conditi testamenti non fuerit cognitus vt filius, ita non est, quod non debeat venire sub tutela, potissimum, cum tutor habeat ex vi dispositionis testamentariæ administrationem omnium bonorum eiusdem testatoris. His tamen minimè obstantibus.

22 Ignorante Patre se filium habere, & sciente se alios habere, quibus tutorem dederit sententia asserens illum tutorem extendi etiam ad filium nõ cognitũ.

Respondeo, filium illum ignoratum à testatore non venire sub tutela data alijs filijs. Hoc expresse colligitur ex textu *in l. si quis ita dixerit ff. de testam. tut.* vbi non solum dicitur, quod ille filius non comprehendatur in tutela, qui fuit absolutè ignoratus à testatore, sed etiam ille, qui fuit cognitus, sed aprehensus fuit, vt mortuus; & ratio ex eo deducitur, quia, cum tutela testamentaria dependeat simpliciter à voluntate testatoris, illos tantum debet comprehendere, de quibus constat testatorem sensisse *Bartolus in d. l. si quis ita dixerit ff. de testam. tut.*

23 Probabilius ille filius ignoratus non venit sub illa tutela.

Neque obstant ea, quæ ex aduerso afferebantur; Non primum, quia, vt benè notat textus *in d. l. si quis ita dixerit*, licet ille filius ignoratus admittat, & ipse nomen filiorum, quia tamen de ipso non sentit testator, cessat in personam eius datio, & sic, licet ignorantia non tollat ipsum de medio filiorum, tollit tamen de sensu Patris in illa dispositione; Non item, quod licet ipsum non comprehenderit actu eliecito, comprehẽderit tamen actu debito, quatenus non exclusisset, si cognouisset; quandoquidem hoc quidem connotat quid esset facturus, si cognouisset, non autem importat, quod actu comprehenderit sub illa tutela, ad quam requiritur, quod interuenerit voluntas actualis, nec sufficit concomitans, seu, quod fecisset, dum actu non fecit. Non secundum, quia, quãdo exprimitur filius indefinitè

24 Soluuntur rationes contrariæ sentẽtiæ.

non

non expresso proprio nomine, nomine eiusdem veniunt omnes filij *arg. textus in l. si plures ff. de legat. 3. & l. qui filiabus §. si quis ff. de legat. 1. & l. si ita legetur ff. de legat. 2. & l. fin. ff. ad Trebel.*, vnde Pater in tali dispositione præsumitur, quod voluerit, se conformare dispositioni talis iuris, & per consequens comprehendere omnes suos filios cognitos, vt tales; in præsenti autem hypothesi non potest præsumi, quod in illa dispositione voluerit filium non cognitum comprehendere, cum de illo non cogitauerit, nec potuerit cogitare. Non tertium, quia quoad filios posthumos, seu nascituros præsumitur, quod cogitauerit, cum potuerit cogitare illos fore nascituros, quod non militat in præsenti hypothesi de illo filio simpliciter ignorato, vel reputato mortuo; Non quartum, quia, cum ignorauerit ipsum adesse, vel esse suum filium, non potuit cogitare de ipsi prouidendo de tutore; nec valet paritas de accessione quoad hæreditatem paternam, quia ad hanc admittitur ex ipso iure suitatis, & filiationis quasi es necessitate iuris; quoad tutelam verò subditur ex libera Patris dispositione, & propterea requiritur, quod Pater de illo comprehendendo senserit, nec officit, quod Pater illum tutorem dederit ad omnia bona, quia dedit ad omnia bona ex suppositione, quod ad illa deberent succedere omnes filij solum ab ipso nominati, & de quibus cogitauit; cæterum cognito alio filio, ad ratam bona hæreditatis debent ad ipsum deuenire, & eidem de tutore, quando legitimus non adesset, esset per Iudicem prouidendum.

Dubitatur duodecimo. An, si Pater filijs suis posthumis testamento tutores dederit, veniant sub tali dispositione filij iam nati?

Hæc difficultas secundum triplicem sensum potest examinari, vel quatenus tempore conditi testamenti idem Pater habuerit filios iam natos, & alios in vtero matris præuisos, vel quatenus nullos pro illo tempore natos habuerit, qui tamen post conditum testamentum, & ante mortem Patris fuerint nati, vel quatenus ante conditum testamentum nullos habuerit, sed post illud aliqui fuerint nati ante mortem Patris, & alij post obitum eiusdem Patris.

Respondeo primo, iuxta primum sensum probabilius esse, nomine posthumorum in tali dispositione non venire filios iam natos ante conditum testamentum. Ratio ex eo deducitur, quia nomine posthumorum, nec in se ipsis ex propria significatione, nec ex mente disponentis possunt congruè venire filij iam nati; 25
non in se ipsis ex propria significatione propter manifestos textus *in l. nomen filiorum ff. de verb. signific. l. commodissimè ff. de lib. & posth. & l. fin. C. de posth. hæred.* non ex præsumpta voluntate disponentis, quia, cum tunc, tempore scilicet conditi testamenti nouerit se habere filios iam natos, non est verisimile, quod eos voluerit comprehendere sub nomine posthumorum, cum potuerit eos clarè exprimere sub nomine filiorum, & licet secundum communem acceptionem sub nomine filiorum veniant etiam posthumi per textum *in l. si quis filiabus suis ff. de testam. tut.* non tamen sub nomine posthumorum veniunt filij iam nati per stricta allegata iura.

Si pater posthumis tutores dederir, & pro tempore cõditi testamenti natos habuerit probabilius est, quod iam nati non veniant sub illa tutela.

Respondeo secundo, iuxta secundum sensum nomine posthumorum quoad hunc effectum tutelæ veniunt etiam nati post conditum testamentum, & ante mortem testatoris. Espresè colligitur ex textu *in l. si quis ita dixerit in fin. ff. de testam. tut.* Ibi *Si posthumis dederit tutores, hique viuo eo nascantur, an datio valeat? & magis est, vt vtilis actio sit, etiamsi viuo eo nascantur*; Neque obstant, quæ in præcedenti responsione dicta sunt, nempe quod nomine posthumorum non veniant iam nati; Non obstant, inquam, quia licet in rigore sermonis iam nati ante mortem Patris non dicantur ipsius posthumi, quantum tamen ad mentem eiusdem Patris in ordine ad præsentem effectum nati post conditum testamentum veniunt sub nomine posthumorum, quandoquidem, cum nati non fuerint pro tempore, quo Pater condidit testamentum, non potuit ipse Pater illis vt natis constituere tutorem, cum nondum essent nati, sed nascituris, adeoque denominatione desumpta a tempore, pro quo conditum est testamentum, dicuntur posthumi, nõ autem denominatione desumpta à tempore mortis eiusdẽ testatoris, & si ipse testator interrogatus fuisset, an intelligeret, dispositionem ipsius referri solummodo ad nascituros post eius mortem, an verò etiam ad nascituros post tale testamentum conditum, vehemens præsumptio est, quod respondisset, quod vellet etiam sub eadem dispositione comprehendi nascituros post idem testamentum.

26
Si pro tempore testamenti nullos natos habuerit, & post testamentum nati fuerit ante obitum patris hi comprehendun-tur sub illa tutela.

Respondeo tertio iuxta tertium sensum, quo alij filij nati sunt post conditum testamentum, alij post mortem eiusdem testatoris, vtrosque comprehendi sub illa dispositione tutelæ. Hic etiam casus comprehenditur sub dispositione

textus *in d. l. si quis ita dixerit in fin. ff. de testam. tut.*, vt ex recitatis verbis manifestè apparet, & ijsdem rationibus innititur; vtrique etenim dieuntur posthumi comparatiuè ad tempus conditi testamenti, & licet posteriores, qui scilicet nati sunt post mortem patris in rigore dicantur tantum posthumi, quoad mentem tamen eiusdem patris, & quoad effectum intentum ab eodem possunt dici posthumi etiam illi, qui nati sunt post conditum testamentum.

27 Si aliqui nati fuerint post testamentum, sed ante obitum patris, alij post obitum omnes comprehenduntur.

Dubitatur decimotertio, an, si testamento non vnus, sed plures dati sint tutores, altero ex his deficieute resoluatur tutela quoad omnes, an verò integra remaneat penes superstitem, an verò ei, qui defecit, alius substituendus sit, & an datiuus, an verò legitimus?

Respondeo primo, deficiente altero ex tutoribus datis testamento non resolui tutelam quoad alios superstites.

28 Datis pluribus tutoribus testamentarijs, altero deficiente nō desinit tutela, quod omnes.

Ciriacus *controu. 150. nu. 124.*, *Altogradus conf. 100. num. 5. & 6. lib. 2.*, *Paulus Christinus decis. 146. num. 8. vol. 3.*, *Riccius collect. 3585.* per textum *in l. si ex pluribus vbi Bartolus, & aly ff. de auct. tut. & l. decreto §. fin. ff. de administ. tut.* Hoc etiam videtur clarè colligi ex textu *in l. si quis sub conditione 11. ff. de testam. tut.*, vbi, cum dicatur, quod, *si duo, pluresque fuerint tutores testamentary in locum eius, qui decessit, vel in ciuitate esse desyt, poterit dari alius*, vtique supponitur, quod non cessat ille, qui superstes est, dum disponitur, quod possit eidem loco eius, qui defecit, alter adiungi, & ratio est, quia supposita idoneitate, & sufficientia vnicuique censetur data auctoritas in solidum, vbi contrarium non fuit expressum per textum *in d. l. si ex pluribus vbi Bartolus, & aly ff. de auct. tut. & l. si plures, & l. decreto §. fin. ff. de administ. tut.*

Limitatem tamen in casu, quo testator per verba negatiua disposuerit, quod vnus sine alio nihil facere possit, vel etiam per verba affirmatiua æquipollentia negatiuis, & formam administrandi, vel conditionem præseferentia, vt si dixerit, quod concorditer gerere possint, vel debeant, vel coniunctim, vel omnes simul, tunc enim vno deficiente tutela in totum expiraret, nec posset sustineri in superstitibus, vt latè *Altogradus conf. 100. per totum*, *Tuscus lit. T. concl. 435. num. 7.*, & licet *Rota Romana per Buratum decis. 348. num. 389.*, *& in recent. part. 2. decis. 762.* affecat siguanter, quod, quando testator dixerit, vt tutores coniunctim administrare possint, cum dispositio sit facultatiua, & non præceptiua, non adimat auctoritatem, quā habent in solidum tutores; attamen Altogradus huic Rotæ Romanæ auctoritati resistit asserens, quod licet ly *possint* ex genere suo importet solum facultatiuam dispositiouem, quando tamen illud verbum apponitur in dispositione certam formam agendi connotante, inducat necessitatem, & hoc verius crederem, & ita fuisse iudicatum Florentiæ testator idem *Altogradus loc. cit.*

29 Excipe nisi dati fuerint per verba negatiua, seu æquipollentia negatiuis.

Respondeo secundo. Quantumuis per decessum vnius, vel alterius ex tutoribus datis in testamento non expiret in superstitibus tutela, quando non sunt dati per verba negatiua, vel per affirmatiua æquipolentia negatiuis; ipsi tamen superstites non absorbent ex necessitate totam tutelam, ita vt in ipsis integrè adunetur excluso quocunque alio, qui dari possit in defectum eorum, qui decesserunt *Socinus Iun. conf. 193. lib. 2.*, *Francus decis. 214.*, *Cabal. conf. decis. 116. num. 6. lib. 1.*, hocque expresè videtur colligi ex textu *in d. l. si quis sub conditione ff. de testam. tut.* vbi cum dicatur, quod *in locum eius, qui decessit, vel ex ciuitate esse desyt, poterit dari alius*, vtique euincitur, quod superstes ex necessitate non absorbeat totam tutelam, cum eidem alius dari possit.

30 Potest tamen in defectum eius, qui decessit, alter dari.

Sed hic oritur difficultas, an in defectum eius, seu eorum, qui decesserunt, ex necessitate alius, seu alij sint subrogandi, an vero sit solummodo facultatiua potestas subrogandi, vel non subrogandi. Cui difficultati respondeo, quod vbi superstes, vel superstites sint idonei, & sufficientes, & tales cognoscantur a Iudice, arbitrarium sit eidem Iudici aliū ei, qui defecit, substituere, vel non substituere, vbi vero superstes, vel superstites nō sint idonei, vel non sufficientes, sit absolutè alius in locum eius, qui decessit substituēdus. Cōsentiunt *d. Socinus Iunior, Francus, & Cabalinus loc. cit.*, & quoad primam partem clarè euincitur ex eod. textu *in l. si quis sub conditione ff. de testam. tut.* vbi dicitur, quod *poterit dari alius*, quod non inuoluit necessitatem, sed facultatiuum arbitrium; neque illud verbum *poterit* importat certam formam agendi, vel conditionem, vt dicebamus in præcedentibus de ijs, qui ex dispositione testamentaria tenentur, vel possunt simul administrare. Quoad secundam vero partem ex eo deducitur, quia, cum superstes non aptus sit, vel non idoneus ad integrum munus tutelæ, indiget alterius consortio, qui propterea dandus est, ne pupilli indefensi remaneant.

31 Vbi tamen superstes esset sufficiens, alter non esset ex necessitate dandus.

Res-

Respondeo tertio. Deficiente altero ex tutoribus testamentarijs in casu, quo alius esset eidem subrogandus, ille à Iudice dandus esset, & sic esset datiuus, non legitimus. In hoc consentiunt
32 quotquot dicunt, quod habenti tutorem possit alius dari, quando datur in locum alterius suspecti, excusati, defuncti &c., qui omnes asserunt, quod ille, qui sic potest dari, sit datiuus *Montanus de tut. & curat. c. 24. per tot.*, *Rota Romana part. 2. diuers. decis. 89. num. 6.*, *Paulus Christinus decis. 150. per totum vol. 3.*, *Rota Romana part. 13. recent. decis. 108. nu. 3. & part. 15. decis. 107. Glosa in d. l. si quis sub conditione in verbo alius dari ff. de testamentaria tut.* vbi asserit, quod sicuti hæredibus hæreditas ex testamento, & ab intestato simul non possit esse, ita & tutela testamentaria, & legitima simul compati non possint, benè tamen testamentaria cum datiua. Expressè deducitur ex eodem textu *in l. si quis sub conditione in fin.* vbi dicitur solummodo, quod vbi nullus tutor testamentarius sit, succedet tutela legitima, ergo à contrario sensu, si aderit tutor testamentarius, legitimus non poterit succedere, sed erit locus datiuo.

In casu, quo alter esset dandus, vtique à Iudice esset dandus.

Dubitatur decimoquarto. An, si in testamento per Patrem datus fuerit tutor proprijs filijs impuberibus, & deinde in codicillo subsequenter facto alius fuerit nominatus in tutorem sine retractatione tamen primi, secundus intelligatur adiectus primo, an verò per secundum intelligatur exclusus primus.

Ex textu *in l. tutor datus §. in tutoris datione, & in l. si hæreditas §. in tutelis testamentarijs ff. de testam. tut.* videtur absolutè
33 dicendum, præferendum esse tutorem datum in codicillo, vtpotè conscriptum in nouissima scriptura, qui propterea excludat datum in testamento, vtpote in scriptura præcedenti. Ibi- *In tutelis testamentarijs id sequimur, quod nouissimum est*. Ex alio capite, quamuis in codicillo possit excludi tutor datus in testamento per textum *in l. tutor datus in princip. ff. de testam. tut.*, quia tamen in præsenti hypothesi per codicillum non excluditur, & exclusio ipsa per nominationem alterius in codicillo non venit in consequentiam necessariam, cum duo tutores, quamuis successiuè dati sint compatibiles, ideo illa nominatio alterius facta in codicillo, videtur potius accessio, quam exclusio. Absolutè sentiendum est, non intelligi tutorem prius datum in testamento, repudiatum in codicillo per nominationem alterius, nisi hoc expresse fuerit dictum per testatorem, sed secundum accedere primo. *Glosa in l. si hæreditas in verb. tutor datus sit ff. de testam. tut.* Hoc expresse euincitur ex textu *in l. & si à patre tuo C. de testam. tut.* Ibi- *tamen codicillis alius tutor rectè datus est, & vterque propter voluntatem testatoris tutor erit, nisi testamento datum pater alium codicillis dando reprobauerit*; Neque obstat textus *in d. l. si hæreditas §. in tutelis testamentarijs*, vbi dicitur, quod *Nouissima scriptura sit spectanda*, quia ille textus procedit solummodo, quando per nouissimam scripturam fit retractatio prioris vel expresse, vel tacitè per necessariam consequentiam.

Dato vno tutore in testamento, & altero in codicillo non intelligitur primus reuocatus.

Aduersus hanc nostram responsionem duo militant argumenta. Primum est, quod habenti tutorem alius rectè dari non potest, nisi in locum alterius simul dati cum primo, qui fuerit suspectus, vel defunctus per ea, quæ in præcedentibus docuimus; hic autem denegari non potest, quin ille nominatus in codicillo intelligatur dari filijs iam habentibus tutorem in testamento, & vtique ex interuallo. Secundum desumitur ex textu *in l. si quis cum §. fin. ff. de procurat.* vbi dicitur, quod posteriorem dando videatur priorem remouere. Sed facili negotio vim horum argumentorum possum eludere. Ad primum etenim dic primo, quod illa regula *Habenti tutorem* non procedat in testamentaria tutela, quousque testator existit in rebus humanis, qui sicuti potest primo datum in testamento reuocare, ita potest, & eidem non reuocato alium ex beneplacito addere. Secundo cum *Glosa in d. l. & si à Patre in verb. tutor erit C. de testam. tut.*, quod, cum tutela non incipiat vim habere, nisi à morte testatoris, & ab adita hæreditate per textum *in l. si nemo ff. de hæred. tut.*, quo tempore iam intelligitur datus secundus in codicillo, vnus non possit dici prior alio, sed simul tutelam sortiri. Ad secundum dic, non valere argumentum à procuratore ad tutorem, prout expresse notat *Glosa in d. l. si hæreditas in addit. ff. de testament. tut. & in d. l. & si à patre in verb. tutor erit in fin. C. eodem* primo, quia quoad procuratorem vnus intelligitur electus per alium, adeoque posterior vel reuocat primum, vel inanitèr, & inutilitèr ipse intelligitur datus; quoad tutorem verò cum vnus non incipiat ante alium, sed vterque simul post aditam hæreditatem, non ante, vnus alterum non excludit, nec per alterum excluditur. Secundo, quia tutor datus in testamento, & datus in codicillo eodem tẽpore confirmatur, nõ sic vnus procurator electus ante alterũ.

Soluuntur argumenta cõtraria.

34 Non valet in hoc argumentum à procuratore ad tutorem, & quare.

H 2 Du-

35 *Seruus alienus, an possit constitui tutor simul cum libero.*

Dubitatur decimoquinto. An, si seruus alienus a Patre fuerit simul in testamento datus tutor cum libero filijs suis impuberibus intelligatur hic vtiliter datus, & quid præstandum ad effectum, vt simul cum libero sortiri possit tutelam?

Sub hoc dubio plura veniunt examinanda; primo quomodo possit constitui tutor, cum sit sub aliena potestate? secundo, cum alius liber fuerit datus in tutorem, quomodo ipse possit adiungi stante regula, quod habenti tutorem &c. potissimum, cum non possit simul cum libero consequi tutelam, cum ipse nequeat consequi, nisi prius adepta libertate, & alius liber immediatè ab audita hæreditate illam acquirat. Tertio, an, si admitteretur ad tutelam, esset testamentarius censendus, an verò datiuus.

36 *Quamuis seruus alienus purè dari non possit tutor potest tamen dari sub conditione.*

Respondeo primo, quamuis seruus alienus purè, & vtiliter tutor dari non possit, vtilitèr tamen datur sub conditione, & in hoc casu dispositio testamentaria refertur ad redemptionem, & manumissionem eiusdem serui, quam testator præcipit. Quod possit vtiliter dari sub conditione manifestè colligitur ex textu *in §. seruus autem alienus Instit. Qui testam. tut. dar. pos.* Quod verò dispositio referatur ad redemptionem, & manumissionem eiusdem, quam præcipit testator, colligitur ex textu *in l. si pupillorum Pater C. de testam. tut.* Ibi *Si pupillorum pater alienum seruum, & tutorem esse voluerit, & liberum manente tamen alio tutore pupillis ante dato, & redimi, & manumitti hunc apud Præsidem Prouinciæ oportet &c.*

37 *Expenditur textus in l. si pupillorũ pater C. de test. tut.*

Circa hanc responsionem, & allegatum textum *in hac l. si pupillorum* oritur difficultas primo, cum dicatur, *redimi, & manumitti hunc apud præsidem prouinciæ oportet*, cuius sumptibus sit redimendus, & manumittendus? non enim dominus liberè manumittere tenetur. Respondendum est, redimendum, & manumittendum expensis testatoris, seu hæreditatis eiusdem, qui ipsum in testamento tutorem deputauit, qui enim vult finem ad suorum filiorum impuberum commodum, debet sentire, & incommodum in consecutione mediorum ad eundem finem ordinatorum.

38 *Expensis testatoris est redimendus, vt sit tutor.*

Secundo, cum dicatur, *& redimi, & manumitti apud præsidem Prouinciæ oportet* dubitandum venit, an ex tali dispositione testamentaria oriatur necessitas in Domino eiusdem serui illum manumittendi, an verò adhuc possit resistere redemptioni? Ex illo verbo, *oportet*, posito in textu videtur induci necessitas *arg. textus in auth. de Iudicibus §. oportet vers. necessariò collat. 6. & l. si quando C. vnde vi.* Nihilominus hanc necessitatem non agnoscerem, cum non ponatur simpliciter, sed solummodo conditionaliter, & relatiuè, quatenus sit necessaria manumissio, si eidem tutela sit conferenda, cum seruus, vt seruus nequeat esse tutor, non quatenus ponat coactionem in Domino illum manumittendi, cum dispositio testatoris non possit eundem Dominum compellere ad ius suum in illo seruo amittendum.

39 *Textus hic non ponit necessitatẽ in Domino seruũ illum manumittendi.*

Respondeo secundo, hunc seruum sic manumissum in rigore non sustineri in vim tutoris testamentarij, sed dumtaxat in vim curatoris adiecti, pront expressè videtur colligi *ex d. textu in l. si pupillorum.* Ibi *& redimi, & manumitti apud Præsidem prouinciæ, & curatorem adiungi oportet*, cuius dispositionis duplicem rationem assigno; primo, quia tutorem habenti non potest alius assignari; denegari autem non potest, quin pupilli aliũ habuerint tutorem antecedentèr ad hunc manumissum, quandoquidem hic tutelam non potuit consequi, nisi adepta libertate, quam consequi non potuit, nisi adita hæreditate, nisi fortè ipse testator adhuc viuens suis sumptibus a seruitute liberarit, quia tunc non video, cur & ipse adita hæreditate non ingrederetur cum libero in administrationem tutelæ, vt tutor. Secundo, quia perseuerante tutela testamentaria non aperitur locus datiuæ, nisi hæc succedat in locum alterius testamentarij suspecti, vel inhabilis effecti, vel defuncti; ex mox autem dicendis ille seruus manumissus ingrederetur vt datiuus, quod esse non potest stante testamentatio, ergo ad summum ingredi debet, vt curator adiectus.

40 *Hic seruus sic manumissus non sustinetur in vim tutoris, sed curatoris adiecti.*

Respondeo tertio. Ille manumissus curator, seu minus proprie tutor non posset in rigore propriè dici testamentarius, sed dici deberet datiuus. Hoc videtur colligi *ex d. l. si pupillorum*. Ibi *Apud præsidem prouinciæ curatorem adiungi oportet*, ad quod facit ratio, quam ibi considerat *Glosa in verb. dato;* hocque etiam supra attigimus, quod scilicet testamentaria debet habere effectum immediatè, ac adita est hæreditas, quod non verificatur in præsenti hypothesi, secundum quam ille seruus non admittitur, nisi prius fuerit manumissus, & libertatem acquisierit; Neque obstant ea, quæ in præcedentibus dicebamus, quod scilicet supposita manumissione cum Iudex, seu præses non possit tollere illum actum, sed necesse habeat ipsum con-

41 *Esset potius dicẽdus tutor datiuus, quam testamentarius.*

confirmare, nullo modo eidem imputetur, sed testatori arg. eorum, quæ docet *Bartolus in l. more num. 5. ff. de iurisd. omn. Iud.* Non obstant, inquam, quia ea ad summum verificantur, quando sunt cæteræ conditiones ad testamentariam tutelam requisitæ, nec vna aliam præcedit, ob quam rationem diximus, quod sic manumissus adijciatur vt curator, non subingrediatur vt tutor.

Dubitatur decimosexto. Si testator dederit tutores sub hac forma. Titius sit tutor filiorum meorum impuberum, si hic viuat, si autem non viuat, sit tutor eorundem Fabius. De facto post mortem testatoris Titius primo loco datus vixit, & tutelam administrauit, postea mortuus est, quæritur, an Fabius mortuo Titio primo vocato immediatè succedat in tutela.

42 Si testator dixerit. Titius si viuat, sit Tutor filij mei, si secus sit Fabius, & de facto Titius vixerit, & postea mortuus fuerit secundum aliquos succedit immediatè Fabius.

In hoc dubio inter antiquos Iurisconsultos maxima fuit controuersia, dum Proculus, & Labeo volebant post mortem Titij aperiri viam tutelæ respectu Fabij secundo vocati in casu, quo Titius primo vocatus decideret, & eos ea ratione moueri arbitror, quia mens eiusdem testatoris eo intelligitur ordinata, vt primo deficiente secundus in locum illius succederet, ne pro aliquo tempore pupilli indefensi manerent, & in hoc ipse voluit disponere per testamentum, ne locus relinqueretur vel tutelæ legitimæ, vel tutori per Iudicem eligendo. Contrarium expresse sustinebat Trebatius existimans solum locum aperiri Fabio in casu, quo Titius decederet ante mortem testatoris, quia illa particula *tunc* refertur solum ad tempus mortis testatoris, quatenus reddat hunc sensum, *si is* scilicet Titius *non viuat tunc cum mors testatoris aduenerit*.

Respondeo, longe probabilius esse, quod in hac hypothesi non aperiatur locus tutelæ respectu Fabij, sed dumtaxat legitimæ, si fuerit, vel datiuæ. Hoc expresse colligitur *ex l. tutoribus iam datis ff. de testament. ar. tut.* vbi relata vtraque sententia concluditur *Ego Trebatij sententiam probo, quia illa verba ad mortis tempus referuntur*, vnde, cum tunc deficiat conditio respectu Fabij, non potest postea eidem via aperiri ad accessionem tutelæ, Nec obstant ea, quæ ex aduerso afferebantur, nempe quod mens testatoris fuerit ordinata ad consulendum pupillis de tutore pro quocunque tempore post mortem eiusdem testatoris; Non obstant, inquam, quia, cum testator solummodo conditionem apposuerit deficientiæ primi vocati pro tempore mortis eiusdem testatoris, & pro eo tempore primus vocatus non defecerit, quinimmo tutelam assumpserit, & administrauerit, dispositio eiusdem testatoris plenè, & perfectè in ipso completur, nec vlterius protrahitur, quia conditio ad determinatum tempus apposita, & in eo non purificata simpliciter cessat.

43 Secundũ veritatẽ tamen non succedit, sed aperitur via legitimo, seu datiuo.

Dubitatur decimoseptimo. An, si tutor testamento datus fuerit postea excusatus, vel remotus aperiatur locus legitimo, an verò à Iudice alius dandus sit.

44 Si tutor testamentarius excusetur, vel remoueatur aperitur locus datiuo, non legitimo.

Ex eo, quod dicatur, quod, si testamentarius tutor decesserit, aperiatur locus legitimo *in l. si quis sub conditione ff. de testam. tut.*, videtur etiam per cõsequens dicendum, quod, si idem testamentarius fuerit excusatus, vel remotus, eidem legitimo detur locus; cum eadem videatur ratio, quod fuerit vel excusatus, vel remotus, & quod decesserit quoad hunc effectum. His tamen minimè obstantibus.

Respondeo, in casu excusationis, vel remotionis tutoris testamentarij aperiri locum datiuo, non legitimo. Hoc expresse colligitur ex textu *ind. l. si quis sub conditione ff. de test. am. tut.* Ibi- *Et si semel ad testamentariam deuoluta sit tutela, deinde excusatus sit tutor testamentarius, adhuc dicimus in locum excusati alium dandum, non ad legitimum tutorem redire tutelam. Idem dicimus, & si fuerit remotus, nam idcirco hic abijt, vt alius detur*; Hoc tamen intelligendum est, si fuerit excusatus ex causa perpetua.

Rationes dubitãdi circa hãc resolutionem.

Circa hanc responsionem, & textum duæ hic insurgunt rationes dubitandi, quarum prima est, an, si re vera tutela sit data in testamento determinatæ personæ, quæ tamen in effectu non fuerit deuoluta eidem, eo quod, antequam susciperet fuerit excusatus, vel remotus, adhuc sit solummodo locus datiuo, an verò via aperiatur legitimo? Secunda, quænam sit ratio, ob quam, si tutor testamentarius decesserit, aperiatur locus legitimo, non verò, si fuerit excusatus, aut remotus?

45 Si tamen testamentarius ante susceptionem tutelæ fuerit reiectus, seu remotus admittitur legitimus,

Inordine ad primum, probabilius arbitror, aperiri locum legitimo, non datiuo. Rationem ex eo desumo, quia ex regula generali admittuntur primo testamentarij, si extant, secundo legitimi, & tertio datiui *Omotimus in §. permissum Instit. de tut., Montanus de tut. & curat. c. 7. nu. 1. & seqq., Gutierez de tut. part. 1. c. 2. nu. 2. & seqq., Borgninus de tut. num. 1., Balthassar Thomasinus de tut. & curat. tit. 2. c. 1. per tot. & tit. 3. c. 1. per totum*, & licet, quando semel admissus est testamentarius, deficiat hęc regula, cum immediatè aperiatur via datiuo per ea, quæ in

præ-

præcedentibus commendauimus, hoc tamen nequit habere locum in præsenti hypothesi, secundum quam licet testamento datus fuerit tutor, hic tamen non est assecutus tutelam, cum, antequam reciperet, fuerit excusatus, & remotus; Hoc certè considerauit idem textus *in d. l. si quis sub conditione ff. de testam. tut.*, dum dixit. *Et si semel ad testamentarium deuoluta est tutela*, per quæ verba supponit, quod testamentarius iam tutelam acquisierit, dum dicitur semel ad ipsum deuoluta, & cum hic textus in hac parte sit correctorius iuris communis, & vniuersalis, secundum quod ordinatim proceditur à testamentaria ad legitimam, & à legitima ad datiuam, est stricte interpretandus, ita vt non corrigat, nisi secundum quod expresse agit; expresse autem tantum agit, quando semel ad testamentarium tutela deuoluta est, quod non verificatur in præsenti hypothesi, secundum quam supponitur testamentarius nunquam acquisiuisse, adeoque in hoc currit regula generalis prædicta.

46 Ratio, ob quam, quando testamentarius suscepit tutelam non admittatur legitimus.

In ordine ad secundum dic, rationem diuersitatis ex eo desumi, quia, quando semel admissus est, & deinde excusatus vel remotus, licet tutelam non retineat in actu, retinet tamen adhuc in habitu, cum ex causa debuerit excusari, vel remoueri, qua causa cessante debet cessare, & excusatio, & remotio, quod non militat, quando tutor testamentarius semel admissus defunctus est, quia tunc nec in actu, nec in habitu retinet.

Dubitatur decimo octauo. An in controuersia de validitate testamenti, in quo Pater exhæredato filio eidem tutorem constituit, idem tutor sit a Iudice confirmandus, an verò alius tutor per eundem Iudicem dandus primo reiecto, & an ille tutor, si fuerit à Iudice confirmatus, dicendus sit testamentarius, an verò simpliciter datiuus?

Ratio dubitandi ex eo videtur consurgere, quod tutela testamentaria totam vim accipit à testamento, quod propterea, si non subsistat, nec videtur posse subsistere tutela. Ex alio capite, cum ex tali testamento, quantumuis obnoxio declarationi nullitatis propter litem de inofficioso, elucescat expressa mens testatoris, quæ in fauorabilibus, & præcipuè in causa tutelæ maximè consideranda venit, non videtur esse dubitandum, quin ea mens, quantumuis in testamento non ita firmi roboris expressa sit præferenda, & non infringenda, ex quo sequi videtur, quod sit confirmandus, & habendus tutor à testatore assignatus pro testamentario.

47 In controuersia de validitate testamenti, in quo pater exhæredato filio eidem tutorem cõstituit, ille tutor est à Iudice confirmandus, idest non reijciendus.

Respondeo, illum tutorem in testamento minus valido ratione præteritionis vel exhęredationis datum non posse per Iudicem reijci, non tamen indigere confirmatione. Hoc videtur expresse colligi ex textu *in auth. ex causa C. de liber. præterit.* vbi dicitur, quod, quãuis testamentum ex tali causa præteritionis vel exhęredationis non teneat quoad institutionem, teneat tamen quoad cætera omnia; vnde tenet etiam quoad tutorem, qui non potest reijci, quia tamen quoad ipsum testamentum validum est, non videtur egere confirmatione; Nec obstat textus *in l. iure nostro §. propter litem inofficiosi testamenti ff. de testam. tutel.* vbi videtur exigi confirmatio; Non obstat, inquam, quia vel ille textus intelligitur de necessaria admissione, quatenus non possit repelli; vel ille textus est correctus per *d. auth. ex causa*. Recole, quæ infra dicentur *sub hoc eod. tit. de tut. & curat. 1. Disq. 2. §. 73. respons. 1.*

48 Sententia asserẽs, quod ille tutor dicendus sit testamentarius, si testamentum declaretur validum datiuus vero, si inualidũ.

Hinc cessat illa quæstio, quam nonnulli excitant supponentes, quod ille tutor indigeat confirmatione, an scilicet ille dicendus sit testamentarius, an datiuus; & dicentes pendere à futuro euentu, adeout, si illud testamentum declaretur validum, ille tutor habendus sit pro testamentario, si verò inualidũ, ille tutor habeatur pro datiuo; atq; iuxta hunc sensũ procedit *Glosa in d. l. iure nostro in princip. & in verbo euentus etenim ff. de testament. tut.*, & ipse textus in hæc verba sonat *Euentus etenim iudicatæ rei declarabit, vtrum ex testamento Patris, an ex decreto Prætoris auctoritatem acceperit*. Ratio, propter quam, si testamentum declaretur validum, ille tutor habendus sit pro testamentario, ex eo deducitur, quia, ex quo sustinetur vt validum illud testamentum, censentur valida ea omnia, quæ in eodem continentur, & vbi est expressa mens testatoris in documento subsistenti, eadem mens, & voluntas est adamussim seruanda. Ratio autem, ob quam, si testamentum est inualidum, tutor habendus sit pro datiuo, a contrario sensu deducitur, quia non subsistente testamento, nec subsistere possunt ea, quæ in eodem fundantur, & sic etiam legata, & tutelæ *l. quod repudiatis §. fin. ff. de inoffic. testam.*, *& l. Papinianus §. fin. ff. eod.*

49 Sed probabilius dicendus est testamentarius.

Cessat, inquam, & hæc ipsorũ opinio mihi non probatur propter expressum textũ *in auth. ex causa C. de liber. præter.* vbi dicitur *Ex causa exhæredationis vel præteritionis irritum esse testamentum, quantũ ad*

insti-

inſtitutionem, cætera namque firma permanent, per quem textum videtur expreſsè corrigi fundamentum, cui innitebatur textus *in illa l. iure noſtro §. propter litem inofficioſi teſtamenti ff. de teſtament. tut.*, quod ſcilicet non ſubſiſtente teſtamento, nec poſſint ſubſiſtere ea, quæ in eodem fundantur, dum hic dicitur, quod irrito teſtamento cætera firma permaneant. Sed hic oritur difficultas, quonam iure, ſeu quanam actione poſſet tunc ab electo in teſtamento inualido peti tutela, cum non poſſit dici exigi ex teſtamento, cum hoc ſupponatur inualidum, ſeu propter inofficioſitatē reſcindēdum?

50 Et poteſt exigere tutelam actione ex teſtamento.

Reſponderi poteſt, exigi actione ex teſtamento, quaſi in hac parte non reciſo per textum *in corp. auth. §. ſine igitur in fin.*, nec poteſt eſſe dubium, quod quis in parte poſſit decedere teſtatus, & pro parte inteſtatus, vt colligi videtur *ex l. hac conſultiſſima §. ex imperfecto C. de teſtament.*, vbi, cum in teſtamento imperfecto ex voluntate teſtatoris liberis eſſet alia perſona extranea mixta, dicitur voluntatem defuncti quoad illam perſonam commixtam pro nullo haberi, ſed liberis accreſcere; ex quo ſequitur, quod liberi quoad partem ſuccedant ex teſtamento, & quoad partem ab inteſtato. Dici etiam poteſt cum *Gloſa in d. auth. ex cauſa C. de liber. præter. in verb. cætera* tutelam poſſe exigi conditione ex lege ſtante illo teſtamento.

Conſideratio circa prædicta.

Rurſus conſiderandum hic venit, an nullitas, de qua controuertitur circa illud teſtamentum, proueniat ex defectu ſolemnitatum, vt quia non fuerint adhibiti teſtes ad hoc requiſiti, vel alia à iure requiſita; vel ex cauſa præteritionis vel exhæredationis; nam, ſi agatur de inualiditate defectu ſolemnitatum iuris aſſerunt aliqui, quod, ſi in illo teſtamento fuerit adiecta illa clauſula, *ſi non valet iure teſtamenti, valeat iure codicillorum, vel cuiuſcumque vltimæ voluntatis*, hæc clauſula operetur, vt iuſtè poſſint exigi ea, quæ in teſtamento continentur; ſi verò agatur de inualiditate ratione præteritionis, vel exhæredationis illa clauſula nihil operetur; ſed hoc non officit ſtante diſpoſitione *d. auth. ex cauſa C. de lib. præter.*

Dubitatur decimonono. An tutores dati in teſtamento, antequam ſuſcipiant adminiſtrationem tutelæ, teneantur ſatiſdare rem pupilli ſaluam fore finita tutela.

Reſpondeo nō teneri *Oinotinus in §. 1. Inſtit. de ſatiſd. tut. n. 10. & ſeqq.*, *Maurus de fideiuſſ. part. 1. ſect. 3. c. 11. in fin.*, *Montanus de tut. & curat. c. 9. n. 67., & c. 32. reg. 7. à num. 76. ad 97.*, *Paulus Chriſtinus deciſ. 156. num. 4. & ſeqq. vol. 3. & ad leg. municip. tit. 19. art. 10.* Hoc expreſſe euincitur ex textu *in l. teſtamento datus ff. de teſtament. tut.*, *& ex d. §. 1. Inſtit. de ſatiſdat. tut.*, & ratio ex eo deducitur, quia ex eo, quod fuerit datus per teſtatorem in teſtamento, cenſetur ab eodem approbatus pro legali, fideli, & idoneo, adeoque non eſt, cur debeat præſtare cautionem fideiuſſoriam.

51 Tutor teſtamentarius nō tenetur ſatiſdare rem pupilli ſaluum fore.

Dubitatur vigeſimo. An, quamuis tutores in teſtamento dati non ſint compellendi ad ſatiſdandum, ſi tamen alter eorum velit ſatiſdare, cæteris renuentibus ſimilem cautionem præſtare, hic alios ab adminiſtratione excludat.

52 Si vnus ex tutoribus offerat ſatiſdationem Iudex debet alijs ipsā proponere, & nolentibus illis ſimilem dare, decernet offerenti.

Reſpondeo, in hoc certam regulam relatiuè ad varias conditiones, quæ in hoc genere conſiderari poſſunt, præſcribi in dicto textu *in l. teſtamento datus ff. de teſtam. tut.*, quas conditiones cum ſua reſpectiua reſolutione refero. Prima eſt, quod, ſi vnus offerat ſatiſdare, Iudex cui ſit oblatio, debeat eandem oblationem offerre cæteris contutoribus ad effectum, vt, ſi velint ipſi quoque ſimilem cautionem exhibere, ipſi quoque vnitim admittantur, ſi verò nolint, ille ſolummodo, qui offert, admittatur. Secunda eſt, quod, ſi ille, qui offert, ſit perſona ſuſpecta, turpis, vel qui multa flagitia comiſit, in tutela non ſit admittendus, ſed potius excludendus ab adminiſtratione, & cæteri non ſatiſdantes admittendi. Tertia, quod, ſi perſonæ contutorum, qui nolunt ſatiſdare, ſint perſonæ magnæ æſtimationis, & honeſtatis, quarum conditioni valde contumelioſum ſit, ſubire onus ſatiſdationis, non ſint ex oblatione alterius excludendæ ab adminiſtratione.

Hic oritur difficultas, quam excitat *Gloſa in d. l. teſtamento datus ff. de teſtament. tut.*, an ſcilicet, ſi omnes tutores teſtamento dati concordauerint, vt vnus ex illis, quem ſpecialitèr elegerunt, adminiſtraret, & ſubinde alius ex illis obtulerit ſatiſdationem, an hic ſolus ſit admittendus ad adminiſtrationem cum excluſione illius, qui ab omnibus fuit electus? & quid, ſi poſt oblationem iſtius, alius item obtulerit, & hoc in ſuppoſitione, quod omnes ſint æquè habiles, & non militet illa ratio cōtumeliæ ratione maximę exiſtimationis, & honeſtatis aliorum, de qua ſupra? Quoad primum aſſero, quod, ſi ille, qui ſatiſdare offert, ſit idoneus, & alij non ſint tales, vt ſatiſdando contumeliam contraherent, vtique ille ſit præferendus, & hoc ex generali regula deſumpta *ex d. l. teſta-*

53 Si vnus ex tutoribus fuerit ab alijs electus ad adminiſtrandum, & alter obtulerit ſatiſdationem hic erit præferendus.

mento

mento datus ff. de testament. tut. vbi cessante aliorum similis oblatione cautionis, & extante idoneitate in offerente, nec vigente nota contumeliæ in alijs ex eo, quod satisdare cogerentur, absolutè admittitur ad administrationem tutelæ ille, qui offert satisdare; nec obstare potest, quod vnus ex tutoribus fuerit ab alijs omnibus contutoribus electus ad talem administrationem, non, inquam, obstare potest, quia electio ab alijs facta non potest obesse dispositioni iuris decernentis illum præferendum esse, qui offert stantibus in eo omnibus conditionibus ad hoc requisitis, nec extante in alijs alio speciali iure, per quod non possint excludi. Quoad secundum dicendum est, quod, si omnes, qui offerunt talem cautionem, sint idonei, omnes sint admittendi, nec vnus alium excludat, prout expresse deducitur ex *d. l. testamento datus*. Quod, si supponas ex offerentibus vnum esse magis habilem, & idoneum respectu aliorum etiam offerentium; tunc *glosa in d. l. testamento datus in princip.* existimat magis idoneum esse præferendum cum aliorum exclusione, cum cæteris paribus habeat titulum maioris idoneitatis, qui exigit prælationem. Ego autem arbitror, quod, si alij offerentes sint simplicitèr, & absolutè idonei, quamuis in aliquo, non tamen notabiliter excedantur ab alio, non sint per hunc excludendi, quia ex quo omnes fuerunt sine aliqua exceptione à testatore ad tale munus electi, & omnes sunt simplicitèr idonei, non est consideranda ad effectum alios excludendi illa prærogatiua maioris habilitatis non considerabilis, seu non valde notabilis.

Dubitatur vigesimoprimo. An in terminis præcedentis dubitationis, si vnus obtulerit satisdationem, & ratione eiusdem fuerit in administratione prælatus ad terminos *d. l. testamento datus ff. de testament. tut.* habeant alij ab administratione exclusi beneficium excussionis in casu conuentionis in bonis illius, qui sic administrauit, antequam ipsi actione tutelæ conueniantur.

54 *Si vnus tantum administrauerit cæteri nō habent beneficiū excussionis durante tutela, bene tamen eadem finita.*

Docent plerique, quod licet vnus solus administrauerit, non habeant cæteri, qui non administrarunt, beneficium excussionis durante tutela, sed quilibet teneatur etiam pro administratis a contutore, licet res secus se habeat finita tutela, quia tunc cæteri contutores, qui non administrarunt, habent huiusmodi beneficium excussionis *Gratianus discept. for. c. 86. n. 10. & seqq. & c. 194. per totum, Montanus de tut. & curat. c. 32. reg. 7. n. 84. & c. 39. nu. 93. & seqq. ad 203., Rota Romana part. 11. recent. decis. 69. n. 6. & seqq., Oinotimus in §. sed si ex testamento per totum Instit. de satisd. tut. & curat., Balthasar Thomasius de tut. & curat. tit. 14. c. 1. per totum, Paulus Christinus decis. 155. num. 3. & seq vol. 3. & ad leg. municip. tit. 19. art. 23.* Verum hic aduertendum est circa hanc opinionem, quod, quando dicitur, quod alij contutores non habeant beneficium excussionis durante tutela, benè tamen eadem finita, hoc intelligendum sit in eo sensu, vt non gaudeant tali beneficio pro gestis per talem administratorem pro tempore tutelæ durantis, quia pro illo tempore omnes tenentur in solidum; benè tamen gaudeát pro gestis eadem finita, quasi omnis obligatio debeat restringi ad tempus, quo durat actus per textum *in l. Diui 32. ff. de administ. tut. & l. tutori 20. C. de negot. gest.*, prout explicat *Gratianus discept. for. c. 86. num. 49. & 50.* Ratio, cui innititur hæc opinio, ea est, quia obligatio est respectu omnium in solidum, a qua non eximuntur ex eo, quod alter eorum solus administrauerit, cum ipse per hoc solum habuerit nudum ministerium manente in omnibus obligatione pro tutela.

Quamuis autem, hæc qua pro hac sententia dicuntur, verum habeant, quando indefinitè sumuntur; fallunt tamen secundum præsentem hypothesim, secundum quam ille, qui administrauit, supponitur satisdedisse alijs contutoribus de indemnitate pupilli, & ipsorum contutorum, & ratione talis satisdationis electus a iudice ad administrandum; iuxta quem sensum videntur procedere ea, quæ docent *Montanus de tut. & curat. c. 39. num. 105. & 179. vsq; ad 203., Paulus Christinus decis. Belg. 180. vol. 1., Rota Romana part. 11. recent. resol. 69. nu. 6. & seqq.*, nempe quod ille prius est excutiendus, & alij non nisi in defectum eiusdem; quinimmo, si ille non sit potens ad satisfaciendum pupillis pro tali administratione, prius erunt conueniendi fideiussores ab ipso præstiti, antequam conueniantur cæteri contutores, qui non administrarunt. Circa hoc dubium non diutius immorandum arbitror, cum infra incidet sermo vberior, dum de administratione tutorum, & ad ibi dicenda lectorem remitto. 55 *Fallit tamen secundum aliquos, si ille satis dederit.*

PRÆNOTIO X.

Explicantur ea, quæ pertinent ad legitimam agnatorum tutelam,& parentum.

SVMMARIVM.

Tutela legitima est à lege, & extenditur etiam ad habitantes extra regionem. 1.

Æquè extenditur ad agnatos, ac ad cognatos. 2.

Quamuis Mater non habeat ius ad successionem, tamen admittitur ad tutelam. 3.

Articuli examinandi circa præsentem titulum. 4.

Mater, & Auia in tutela filiorum, & respectiuè nepotum non præferuntur auo paterno. 5.

Rationes, & iura suadentia, quod, quando filij, & nepotes sunt emancipati, Mater præferatur auo paterno. 6.

Rationes suadentes etiam in hac hypothesi præferri auum paternum. 7.

Probabilius hic præfertur. 8.

Mater non extantibus tutoribus testamentarijs præfertur Auiæ. 9.

Non valet paritas de Auo, & Auia, & quare. 10.

Mater per prius tenetur alere filios. 11.

Auth. vt liceat Matri, & Auiæ *procedit siue de Auia paterna, siue materna.* 12.

Probabilius Auia paterna præferenda est materna. 13.

Non existente Auia paterna, nec materna admittenda est ad tutelam proauia. 14.

Mater in tutela filiorum præfertur auo materno. 15.

In concursu Aui materni cum Auia materna præfertur Auus maternus. 16.

Mater etiam tantum naturalis præfertur in omnibus casibus, in quibus præfertur mater legitima. 17.

Hoc etiam intelligitur de auia naturali. 18.

Et hoc etiam in ordine ad filios spurios. 19.

In concursu Patris, & Matris naturalis præfertur mater. 20.

Excipe tamen in casu, quo filij naturales essent legitimati. 21.

In concursu Matris, & Auiæ cum fratre maiori filiorum, & nepotum ordine successiuo præferuntur Mater, & Auia. 22.

Et etiam præferuntur patruis. 23.

Comparando fratres vtrinque coniunctos cum patruis etiam ex parte patris præferuntur fratres, si fuerint maiores. 24.

Frater vtrinque coniunctus in tutela fratrum suorum impuberum præfertur fratri ex vno tantum latere. 25.

Et hoc siue ille, qui est coniunctus ex vno tantum latere sit ex parte Patris, siue ex parte Matris. 26.

Concurrentibus duobus fratribus vtrinque coniunctis, & habilibus vterque æquè primo admittitur etiam, si vnus respectu alterius sit minoris ætatis. 27.

Concurrentibus agnatis, & cognatis in eodem gradu secundum ius commune æquè admittuntur; secundum tamen consuetudinem totius ferè Italiæ præferuntur Agnati. 28.

INcipimus iam examinare ea, quæ pertinent ad secundum membrum diuisionis, nempe ad tutelam legitimam, quam non homo, sed lex ipsa constituit, prout expressè notat *Vulpianus in l. legitimas ff. de legit. tut., Corneus cons. 162. n. 2. & 3. lib. 4., Alexander cons. 16. nu. 7. lib. 5.*, vnde ad hanc tutelam venit etiam habitans extra iurisdictionem loci, in quo sita sunt bona, & habitat pupillus, quod verum non esset, si proueniret ab homine, qui nequit extendere suam iurisdictionem extra territorium proprium; prouenit igitur à lege, quæ vbique suam exercet potestatem per textũ *in l. fin. C. de præscript. leg. temp.*, & per ea, quæ notant DD. *in l. ex ea ff. de postulando*. Nec obstare potest, quod exercitium, seu administrandi facultas legitimo tutori non competit, nisi à Iudice decernatur *Corneus cons. 164. n. 3. lib. 4. per textum in l. fin. C. arbit. tut.* Non, inquam, obstare potest, quia hoc Iudicis decretum non idem requiritur, vt tutor constituatur, sed vt cognoscatur idoneitas, & habilitas, qua cognita subingreditur exercitium administrationis, & libera facultas; quod, si primus habilis non reperiatur, non est in libertate Iudicis eligendi quem voluerit, sed subingreditur alius proximior in gradu, qui sit idoneus, proue habetur *apud Caium lib. 3. ad edictum Prouinciale in l. sæpè ff. de curat. fur.* 1

1 Tutela legitima est à lege, & competit etiã degenti extra iurisdictionem.

Tutela legitima ex præactis duplex est, altera agnatorum, altera patronorum. Sub hoc titulo sermo erit dumtaxat de legitima agnatorum, nam de illa patronorum fortè erit sermo in subsequentibus. Hoc vnum aduerto in ordine ad tutelam, de qua hic agimus agnatorum; quod, quamuis antiquitus, hæc solummodo agnatis deferretur, ex *Nouella* 118. sublata differentia iuris agnatici, & cognatici in successionibus ab intestato æquè ad hanc tutelam legitimam admittantur siue cognati, siue agnati, qui proximi sint, & idonei ad tutelam seruata proportione iuris ad hæreditatis successionem, & tutelæ §. *cum autem Instit. de cap. diminut., Corneus cons. 274. n. 1. lib. 3. & cons. 101. nu. 1. & 2.*

eod.lib.3., *Plotus in tract. de in lit.iur.§.9. n.10.*; ex quibus omnibus tanquam regulam deducunt DD., quod siue agnati fuerint, siue cognati, illi admittantur tanquam tutores legitimi, qui proximius ius habent ad succedendum in hæreditate *Vulpianus in l. tutela legitima ff. de legit.tut., & in l. quo tutela ff. de reg. iur. & in l.1. ff. de legit.tut., Iacobus Menochius de arbit. iud. lib.2. cent.3. cas.150. nu. 52.& 55., Decius conf.6.nu.1.& conf.188. num.1.*, &, si plures sint in eodem gradu, qui æquale ius habeant ad successionem, omnes admittuntur per textum *in l. si plures ff. de legit. tut.*

2 Æquè extenditur ad agnatos, ac ad cognatos.

Ab hac tamen regula, quod illi admittantur ad legitimam tutelam, qui ius habent proximius ad successionem hæreditatis, excipiuntur Mater, & Auia, quæ, quamuis excludantur à successione pupilli ex vi statuti, admittuntur tamen ad tutelam per textum *in auth. vt liceat Matri, & Auiæ, & in auth. Matri, & Auiæ C. quando mul. tut. offic., Decius conf.16. n.1. & seqq. & in l.2. n.19. ff. de reg. iur., Alexander conf.109. nu.2. vers. & posito, & n. seq. lib.3., Barbatius conf.11. num.8. lib.3.*, quæ tamen tutela non est cum coactione, sed dumtaxat cum permissione per textum *in d. auth. vt liceat Matri, & Auiæ*; quamuis autem Mater, & Auia admittantur pariter ad tutelam pupillorum, & nepotum, admittuntur tamen cum ordine successiuo, vt prius mater admittatur, & successiue Auia illa deficiente, vel inidonea existente *Corneus conf.274. n.1. lib.3., Menochius de arbitrar. Iud. lib.2. cent.3. c.150. nu.38.*

3 Quamuis mater nō habeat ius ad successionē tamen admittitur ad tutelam filiorum.

Ea iam, quæ sub hoc titulo veniunt examinanda, erunt primo, an deficiente tutore testamentario comparando ius matris, & auiæ ad alios agnatos ascendentes per virilem sexum ipsæ sint præferendæ auo paterno, si existat, an verò e contra auus paternus sit ipsis præferendus. Secundo, dum dicitur, quod Mater, & Auia sint alijs legitimis tutoribus ordine successiuo præferendæ, an hoc intelligatur de Auia dumtaxat paterna, an verò etiam materna. Tertiò ex suppositione, quod in huiusmodi dispositione, quæ habetur *ind. auth. vt liceat Matri, & Auiæ, & auth. Matri, & Auiæ C. quand. mulier. tut. offic.* comprehendatur etiam auia materna, hæc excludat Auum siue paternum, siue maternum. Comparando verò promiscuè agnatos cum cognatis quomodocunque sumptis signanter, & in indiuiduo examinandum erit, quinam sint præferendi in huiusmodi munere tutelæ, & sub hac comparatione veniunt Auus paternus, maternus, Patrui, fratres &c.

4 Articuli examinandi circa præsentem titulum.

Assertio I. Mater, & Auia in tutela filiorum, & respectiuè nepotum impuberum non præferuntur auo paterno *Glosa in auth. matri, & auiæ C. quando mul. tut. offic. lit. L. vers. secundum hoc Rota Romana post Vrceolum de transact. decis.78. nu. 11., Iacobus de Beluisario in auth. vt liceat Matri, & Auiæ. Addit. ad Sanfelicium decis.383. sub num 4.*

5 Mater, & Auia non præferuntur Auo paterno.

Rationem ex eo deduco primo, quia Auus paternus mortuo filio, & adhuc superstite nuru potest dare nepotibus ex eodem filio, & nuru testamento tutorem etiam ad exclusionem eiusdem nurus per ea, quę latè commendauimus *sub hoc eod. tit. Contractus XVII. de tut. & curat. prænot.5. assert.2. per tot.*, & hoc videtur colligi *ex §. permissum Instit. de tutel. & ex l.1. & l. si hæreditas §. qui filium ff. de testam. tut.*, ergo existente auo paterno simul cum nuru matre filiorum impuberum auus ipse paternus erit præferendus; si enim hic dato alio tutore potest eandem nurum excludere à tutela, à fortiori per se ipsum existentem, & superstitem poterit eandem excludere.

Rationes pro eodem asserto.

Secundo, quia existente Patre eorundem filiorum impuberum mater non potest eorundem tutelam assumere, nec administrare, vt est in confesso apud omnes, ergo etiam existente auo paterno eadem Mater cum exclusione eiusdem Aui non poterit esse tutrix propriorum filiorum impuberum; quandoquidem potissima ratio, ob quam habenti Patrem non potest, nec etiam mater tutrix constitui, ea est, quia nequit præsumi maior affectio, nec perpensius consilium, nec accuratior sollicitudo illa patris in filios; hæc autem eadem ratio militat in ordine ad Auum paternum comparatiuè ad proprios nepotes ex filio. Ratio autem fundamentalis horum omnium ea est, quia ascendentes per sexum virilem retinent iura propria parentum.

Ascendentes per sexū virilem retinent iura propria parentum.

Difficultas solummodo aliqua potest esse, an ea, quæ hactenus dicta sunt sub hac assertione, verificentur dumtaxat, quando iidem nepotes respectu aui paterni, & filij respectiuè ad Matrem essēt adhuc sub potestate aui mortuo Patre, an verò etiam, quando essēt emancipati, vel quoquo modo exempti ab eius potestate. Vincentius *de Franchis decis. 10. ferè per totum*, proponit difficultatem in casu, quo nepos ex filio gauderet bonis feudalibus, quæ videntur peculium castrense, seu quasi castrense, & inquirit, an ratione eorundem eximatur ab aui potestate, adeout in hac hypothesi su-

6 Rationes, & iura suadentia, quod, quando filij, & nepotes emancipati mater præferatur Auo.

bingre-

bingrediatur in tutela mater cum exclusione Aui paterni, an verò ipse Auus paternus locum habeat cum exclusione Matris? In ordine ad quam difficultatem considerabat in primis in fauorem Matris, quod bona feudalia sint peculium castrense, seu quasi castrense; in castrensibus autem filiusfamilias habetur tanquam Pater familias per textum *in l.2. ff. ad Macedonian.*, & sic non sit sub potestate Aui. Vlterius considerabat, quod in ijs, in quibus Patri non acquiritur vsusfructus, Pater vel Auus non sint legitimi administratores per ea, quę docet *Bartolus in l. fin. §. pupillus ff. de verb. obligat. & ibi Franciscus Aretinus*, vbi dicit, esse communem DD. opinionem, nec ab eo in iudicando recedendum; in feudalibus autem filiorum Pater non habet vsumfructum *Andreas in c. 1. §. Valuasores qui feud. dar. pos.*, ergo, cum non sit legitimus administrator, de legitimo ijsdem filijs feudetarijs erit prouidendum; vbi autem fieri debet prouisio, mater vtpotè legitima præfertur. Ex hac eadem ratione videtur etiam euinci, quod, vbi filij fuerint emancipati, mater sit præferenda, cum vsusfructus bonorum eorundem filiorum Patri non acquiratur.

Ex aduerso contra opinionem Bartoli considerabat, quod, quamuis Pater in ijs, in quibus ipsi non aquiritur vsusfru-

7 Rationes suadentes etiam in hac hypothesi Auũ paternũ præferri.

ctus, non sit ex necessitate legitimus administrator, possit tamen ex libertate esse per textum *in l. fin. §. sin autem C. de bonis quæ lib.*, quem textũ ad hunc effectum ponderat *Aretin. in d. l. fin. §. pupillus*, quod ibidem idem *Vincentius de Franciis n. 8.* multis probat. Addebat vlterius, quod, quamuis Pater in huiusmodi bonis feudalibus non habeat vsumfructum, habeat tamen commoditatem fructuum *Angelus de Aret. in §. 1. Instit. per quas personas nob. acq.*, *Baldus in c.2. de Fratribus de nouo benef. inue. & in l. cum oportet in fin. C. de bon. quæ lib.*, & sic ratione talis commoditatis fructuum videtur esse legitimus administrator, & per consequens ea, quæ afferebantur pro parte Matris, videntur deficere. Quid iam in hac controuersia concludendum.

8 Probabilius etiã in casu emancipationis præfertur Auus paternus.

Probabilius arbitror, quod quoad munus tutelæ etiam in hac hypothesi emancipationis filiorum mater non excludat auum paternum, sed hic præferatur. In hanc nostram opinionem consentire videtur *d. glos. in auth. Matri, & Auiæ C. quando mul. tut. offic. fung. pos.*, ad quod asserendum pluribus rationibus moueor; & primo ex ijs, quæ habentur *in §. ex his in auth. de hæreditate, quæ ab intest.*, vbi dicitur, quod in textibus, in quibus dicitur matrem præferendam esse legitimis, intelligendum sit de legitimis collateralibus, non ascendentibus, quod etiam firmauit *Bartolus in l. si quis sub conditione ff. de testam. tut. in vers. quod si est pater, & mater*, ergo vbi fuerit Auus paternus ascendens simul cum Matre, hæc in ordine ad tutelam non erit illi præferenda; Neque obstare potest, si dicatur, quod tutela deferatur, sicut ius successionis per textum *in l. manumissus C. de legit. hæred. & ibi Baldus, Bartolus in l. 1. ff. de legit. tut.*, sed mater excludit Auum a successione filiæ, quia est proximior ei licet ascendenti per textum *in auth. defuncto C. ad tutel.*, *Alexander cons. 80. in princip. vol. 1. & cons. 115. in prima col. vol. 2.*, adeoque etiam à tutela; Non, inquam, obstare potest, si consideretur, quod tutela in Matre, & Auia in hac parte discordet à tutela legitima, neque sequatur ius successionis, cum etiam si Mater, & Auia à statuto excludantur a successione, non tamen excludantur à tutela per ea, quæ supra commendauimus, & licet dicatur, quod, quamuis verificetur, quod ab exclusione successionis in Matre, & Auia non benè inferatur exclusio eiusdem à tutela; rectè tamen verificetur, quod ab admissione eiusdem ad successionem priuatiuè quoad auum paternum, inferatur admissio eiusdem ad tutelam etiam cum exclusione eiusdem Aui paterni, cum talis adiectio ad hæreditatem, seu successionem firmet potius ius ad tutelam, quam destruat; hoc tamen vim aliquam inferre non potest aduersus ea, quæ nos hic dicimus; quod vt plenius intelligatur sciendum est, quod de iure antiquo agnati, & ascendentes per virilem sexum excludebant à successione, & hæreditate descendentium cognatos, & fæminas etiam proximiores in linea, & gradu; hoc autem ius antiquum intelligitur modo correctum *per auth. defuncto C. ad Senat. Consult. Tertullianum*, vbi excluditur quæcumque differentia sexus, & patriæ potestatis, & æquè primo ad successionem filij admittitur pater, & mater, si vterque existat cum exclusione aui ex vtroque latere; hæc autem correctio intelligitur dumtaxat quoad hæreditatem, & successionem, prout meminit *Montanus de tut. & curat. c. 15. n. 46.*, licet postea hoc in explicatione multis tricis obtundat, & confundat, adeout, quandoque videatur affirmare, quandoque negare, quod etiam videtur insinuasse *Matthæus de Afflictis decis. 281. n. 2.*,

Soluitur obiectum oppositũ à iure deductum.

vnde ius antiquum quoad tutelam remanet incorrectum, & ascendentibus præcipuè quoad virilem sexum; quandoquidem correctoria iurium antiquorum strictè sunt accipienda, & non extendenda vltra formam, sub qua concipiuntur, vt minus, quam fieri possit eadem iura antiqua lædantur præcipuè, cum quoad tutelam specialis ratio videatur militare pro auo paterno fundata non solum in iure affectionis, sed etiam in perpensiori, & salubriori iudicio, quod præsumitur in auo potius, quam in Matre.

Auus paternus ex arbitrio potest esse administrator bonorum nepotũ.

Secundo moueor ea ratione, quod dato etiam, quod Auus paternus in ijs, in quibus ipsi non acquiritur vsusfructus bonorum nepotum, non sit legitimus administrator ex necessitate, sit tamen, si velit, per textum *in l. fin. §. fin autem ff. de bon. quæ lib.*, ergo ipso volente non est admittenda Mater tanquam tutrix legitima, quia non est locus legitimæ tutelæ, vbi est alius tutor.

Tertio, quia Pater etiam filio emancipato potest testamento dare tutorem necessariò a Iudice confirmandum etiã sine inquisitione per textum *in §. fin. Instit. de tut.*, & per ea, quæ nos docuimus in præcedentibus *prænot. 7. sub assert. 3.*, vbi etiam *in vers. hic oritur difficultas propè medium* recitata, & relecta contraria sententia diximus, hanc tutelam esse testamentariam, prout etiam docent *Bartolus in l. 1. ff. de confirmand. tut. & in l. 2. C. eod.*, *Siluester in §. fin. n. 32. Instit. de tut.*, ergo hoc idem mortuo filio poterit auus paternus in ordine ad nepotes ex filio *arg. textus in l. quod, si nepotes ff. de testam. tut.*, ergo, si Auus potest nepotibus etiam emancipatis dare testamento tutores, poterit tutelam velle apud se retinere exclusis alijs quibuscunque, & etiam Matre.

9 Mater præfertur Auiæ.

Assertio II. Mater non extantibus tutoribus testamentarijs præfertur in tutela filiorum Auiæ *Corneus cons. 274. num. 1. lib. 3.*, *Menochius de arbitr. Iud. lib. 2. cent. 3. cas. 150. num. 3.*, *Montanus de tut. & curat. c. 15. n. 6.*, *Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. tutela num. 8. vers. quod tutela legitima*, vbi quod deferatur tutela Matri, & Auiæ inter illas seruato proximitatis ordine, & gradu.

Rationem ex eo deduco primo, quia cæteris paribus ille præferendus est in munere tutelæ, qui proximior est in gradu ascendentis, & linea, sed mater comparatiuè ad auiam proximior est filio in linea, & gradu ascendentis, ergo illa est præferenda; Neque ambigendum est, quod cætera sint paria in linea ascendentis, cum tàm mater, quàm auia respectu pupillorum, de quibus agitur, sint ascendentes. Neque obesse possunt ea, quæ diximus in præcedenti assertione de auo paterno, qui, quamuis sit remotior in gradu respectu Matris, tamen ipse admittitur cum exclusione Matris, & tamen in ordine ad successionem, & hæreditatem filij æquè venit Mater, quantumuis sit in diuerso sexu simul cum Patre, quod signum euidens est, quod in hoc non consideretur sexus, vt colligi videtur *ex d. l. defuncto C. ad Senatus Consult. Tertul.* Non, inquam, obesse possunt, quia in ordine ad tutelam omninò diuersa est ratio de Auia, ac de Auo paterno in ordine ad Matrem, quidquid sit in ordine ad successionem, & hæreditatem; tum quia propensius, & prudentius consilium consideratur in auo paterno in ordine ad Matrem, ac consideratur in auia in ordine ad eandem Matrem; tum quia fœminæ non admittuntur ad tutelam, nisi ex speciali priuilegio Matris, & Auiæ, cum regulariter filij non intelligantur esse sub potestate Matris; priuilegium autem in ordine ad easdem intelligendum est cum ordine successiuo ad normam aliorum tutorum legitimorum, in qua proximiores in gradu excludunt remotiores, nec remotiores admittuntur, nisi deficientibus proximioribus.

10 Non valet paritas de auo, ac auia, & quare.

11 Mater per prius tenetur alere filios, ac auia.

Secundo ex ijs, quæ docuimus *vol. 9. de effect. matrimonij sub tit. Contractus XV. de matrimon. 9. prænot. 7. nu. 18.*, vbi quod Mater in ordine ad Auiam tenetur per prius alere filios, quod etiam prius docuerant *Pontanus de aliment. c. 8. num. 5.*, *Corduba à Lara in l. si quis à liberis §. mater n. 14. ff. de lib. agnosc.*, *Surdus de aliment. tit. 1. q. 14. n. 13.*, & ex ijs, quæ commendauimus *tom. 10. sub tit. Contractus XVI. de dote 1. prænot. 30. num. 6. 7. & seqq.* vbi, quod primo loco teneatur Mater dotare filias comparatiuè ad Auiam, ergo etiam ipsa quoad munus tutelæ præferenda erit eidem Auiæ, quandoquidem, si per prius tenetur subire huiusmodi onera, non est, cur per prius etiam non possit assumere tutelam; nam vel iuxta superius dicta ipsa tutela est honor, vel onus; si honor; ratio æquitatis postulat, vt qui sustinet onera, etiam munera honorifica acquirat; Si onus; sicuti per prius tenetur alia sustinere, non est, cur non teneatur, & hoc subire. Adde, quod mortuo Patre, & Auo paterno potius filij sunt educandi penes matrem, quam apud Auiã, ergo eadem mater Auiæ etiam præferenda est in tutela, quandoquidem educatio est species quædam tutelæ.

Hoc

Hoc tandem expressè euincitur *ex auth. matri, & auiæ C. quando mul. tut. offic.*

12

Auth. vt liceat Matri, & Auiæ, procedit, siue de auia paterna, siue materna.

Assertio III. Iura *in auth. vt liceat matri, & auiæ, & in auth. matri, & auiæ C. quando mulier tut. offic.* concedentia matri, & auiæ tutelam filiorum, ac nepotum impuberum, in ordine ad Auiam procedunt siue de materna, siue de paterna *Alexander cons. 109. lib. 3., Montanus de tut. & curat. c. 15. n. 39.*

Rario ex eo deducitur, quia textus *in d. auth. matri, & auiæ C. quando mul. tut. offc.* loquitur indefinitè de Auia, quæ indiferens est ad significandam paternam, siue maternam, intelligendo tamen etiam seruaro ordine successiuo, adeout, si mater præfertur quoad tutelam in ordine ad auiam paternam, multo magis sit præferenda in ordine ad auiam maternam.

Sed quid dicendum erit mortua matre concurrente simul ad tutelam auia materna, & paterna? an hæc erit admittenda cum exelusione maternæ? an vtraque simul, & æquè primo? Et quidem, si considerentur gradus, & qualitas sexus vtraque æquè primo videtur admittenda, cum vtraque in eodem gradu coniungatur enm nepotibus, seu neptibus impuberibus, nec vna præsumi possit aliam excedere in perpensiori iudicio, & salubriori, seu maturiori consilio, cum vtraque eiusdem sexus muliebris debilitate, & fragilitate consistar; nec potest in auia paterna considerari qualitas agnationis quoad hunc effectum, nam modò æquè primo admittuntur agnati, & cognati seruata gradus prærogatina §. *fin. vbi Oinotimus Ioat. & aly Instit. de succes. cognat. §. nullam auth. de hæred. ab intest. venient. cum similib. allegatis per Oinotimum Instit. de legit. agnat. succes. n.* 8. His ramen minimè obstantibus non improbabile crederem, potius auiam paternam præferendam esse, quia quidquid sit de successione hæreditatis ordo paternus præfertur materno, & sicuti auus paternus non obstante identitate gradus, & sexus præfertur materno in huiusmodi munere tutelæ, non video, cur etiam auia paterna non sit præferenda maternæ, vt seruetur ordo. Hæc potissimum vera forent stantibus ijs, quæ notat *Mysingerius Instit. de legit. agnat. succes.*, quod etiam hodie, vt plurimum ad ius vetus relabamur, quod agnationem considerabat, & præferebat illam cognatis; cum per statuta communius in Italia vigentia agnatio præferatur cognationi &c.

13

Probabilius Auia paterna præferenda est maternæ.

Vlterius quid dicendum erit, si non existente matre, nec auia paterna, nec materna existat solum proauia, an hæc ex vi *d. auth. vt liceat Matri, & Auiæ, & d. auth. vt Matri, & Auiæ C. quando mul. tut. off.* erit admittenda ad tutelam pronepotum, & proneptum? Affirmatiuè respondendum est *Bartolus in l. si quis sub conditione n. 16. ff. de testam. tut., Gregorius Lopez in l. 4. in glos., Abuela in princip., Iason in l. Gallus §. instituens nu. 33. & seqq. ff. de lib. & posth., Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 8. n. 17.*, & expressè colligitur ex textu *in auth. de hæred. ab intest. venient. §. fin.*, & ratio ea est, quia proauia propriè venit nomine Auiæ per textum *in l. appellatione parentum, si ibi, sed & Mater, & Auia, & proauia ff. de verb. signif.*

14

Non existente auia paterna, ac materna admittitur proauia.

Assertio IV. Mater in tutela filiorum præfertur auo materno. In hanc assertionem tacitè videtur assentiri *Glosa in d. auth. matri, & auiæ in vers. item quid si C. quando mulier tutel. offic.* vbi eum asserat, quod, *si fuerint Mater, & Auus, præponitur auus paternus*, vtique videtur asserere, quod, si fuerit mater, & auus maternus, illa, non ille, sit præferenda, cæteroqui incongruè in suppositione propositionis indefinitę, quod fuerit mater, & auus limitatè respondisset restringendo dispositionem in fauorem dumtaxat aui paterni.

15

Mater in tutela filiorum præfertur auo materno.

Rationem ex eo deduco, quia, si quæ ratio obsisteret, maximè qualitas sexus masculini in auo materno, respectu eius consideratur perpensius consilium, & salubrius iudicium in administratione pupillorum, & substantiæ eorundem, quæ qualitas videtur præponderare maiori proximitati in gradu, prout prænotauimus in concursu aui paterni cum matre, vbi ob hanc rationem prælationem contulimus eidem Auo paterno, sed hæc ratio in præsenti hypothesi aui materni, non videtur obsistere, quandoquidem in ordine ad auum paternum maiora subsstant onera, quam in ordine ad maternum; ille etenim per prius in concursu cum Marre tenetur nepotes alere, & neptes dotare; iste verò nempe maternus non tenetur, nisi per posterius ad matrem; in illo saluatur qualitas agnationis, respectu cuius maior sollicitudo, & cura præsumitur; in isto verò nequaquam, cum sit alterius agnationis; apud illum nepotes potius sunt educandi, quam apud matrem; non sic apud istum, ex quibus omnibus colligi videntur iura magis considerare, & fidere ascendentibus per virilem sexum, quam ascendentibus per fæmineum.

Rationes pro hac assertione.

Assertio V. In concursu aui materni cum auia materna quoad tutelam

16 In concursu aui materni, cum auia materna præfertur auus.

nepotum, & neptum vincit Auus maternus. *Bartolus in l. si quis sub conditione n.9. ff. de testam. tut., Decius consf. 188. n. 1. & 2., Montanus de tut. & curat. c. 15. n. 47.* quidquid ex aduerso senserint *Glosa in d. auth. matri, & auiæ C. quando mul. tut. officio vers. item, quod si* volens vtrumque simul, & æquè primo admittendum; sed, si benè perpendatur eadem glosa, conijcietur, quod non absolutè, & ex se propria loquatur, sed recitatiuè, & secundum aliquos.

Ratio ex eo deducitur, quia in alijs omnibus cæteris paribus, eisdemque qualitatibus concurrentibus masculi præferuntur fæminis, vt videre est in patre respectu matris, in auo paterno respectu auiæ, in fratribus respectu sororum, in patruis respectu amitarum, & hoc non alia ratione, nisi quia in masculis consideratur perpensius consilium, & iudicium, ergo hoc idem intelligendum venit in auo materno, vbi illi aperitur locus, in ordine ad auiam maternam;

Rationes pro hoc asserto.

Nec valent ea, quæ in præcedentibus considerabantur ex textu *in l. defuncto C. ad Senat. Consult. Tertullianum*, vbi seclusa qualitate sexus, nullaque facta distinctione inter agnationem, & cognationem pares in gradu æqualiter admittuntur; Non valet, inquam, quia ea, quæ dicuntur in allegato textu, intelligenda sunt dumtaxat quoad successionem, & hæreditatem, in quo lex Codicis corrigit antiqua iura, secũdum quæ agnati præferebantur cognatis, non autem quoad tutelam, secundum quam ius antiquum remanet incorrectum per ea, quæ notat *Montanus de tut. & curat. c. 15. nu. 46.*, & hoc iure merito inductum videtur, quandoquidem in tutela requiritur industria, & consiliũ, quæ non exiguntur in successione hæreditatis. Deinde, vt prænotabamus ex Mysingerio, hodie ferè per totam Italiam relabimur in ius antiquum, secundum quod agnatio præferebatur cognationi, quia ferè vbique extant statuta excludentia a successione fæminas propter masculos.

Assertio VI. Mater etiam si fuerit tantum naturalis in ijs, in quibus, & in ordine ad quos iuxta præcedenter dicta præfertur mater legitima, & ipsa quoque præfertur *Glosa in d. auth. matri, & auiæ verb. matri in princip. C. quando mul. tut. officio fung. pot. & ibi Bartolus, & ibi communiter scribentes, Gregorius Lopez in l. 4. in glos. Madre in princip., Gomez in l. 14. Tauri cum seqq. n. 10. vers. item adde, Ioannes Gutierez de tut. & curat. c. 8. nu. 9. vers. Madre à Obuela.*

17 Mater naturalis præfertur in omnibus, in quibus præfertur legitima.

Colligitur ex *auth. vt sine probibitione mat. §. primo in fin. collat. 7.* Ibi- *Siue legitimorum, siue naturalium mater filiorum tutelam gerat*, & item ex *l. fin. C. quando mul. tut. offic. fung. potest.* Ibi- *Si Pater secundum nostram constitutionem naturalibus liberis ex ijs rebus, quæ ab eo in eos profectæ sunt, tutorem non reliquerit, mater autem voluerit eorum, siue masculi sint, siue fæminæ subire tutelam, ad exemplum legitimæ sobolis liceat ei hoc facere.*

Hic nonnullæ oriuntur rationes dubitandi; & primo, an ea, quæ hic dicuntur de matre naturali, æquè intelligenda sint, seruata proportione de Auia. Secundo, an etiam intelligenda sint in ordine ad filios spurios. Tertio, an concurrente Matre naturali cum Patre, illa, an iste in tutela filiorum sit præferenda, vel præferendus.

In ordine ad primam, probabilius arbitror intelligi etiam de Auia naturali, prout etiam sentiunt *Antonius Gomez in l. 14. Tauri num. 10. vers. item adde Gutierez de tut. & curat. c. 8. num. 9.* vbi citat Bartolum *in l. si quis sub conditione ff. de testam. tut.*; Non enim video, cur si mater etiam naturalis ex vi allegatorum iurium admittitur ad tutelam filiorum suorum naturalium, non trahatur dispositio legalis etiam ad auiam, cum eodem iure in hoc genere mater, & auia seruata proportione, & ordine admittantur, & si non obstante illegitimitate mater non excluditur, non video, cur sit excludenda auia?

18 Hoc etiã intelligitur de Auia naturali.

In ordine ad secundum arbitror, matrem, & auiam admittendam esse ad tutelam etiam in ordine ad filios spurios *Glosa in l. fin. verb. profectæ C. quando mul. tut. offic. fung. pot., Antonius Gomez in l. 14. Tauri nu. 10. vers. item adde, Gutierez loc. cit. n. 10.*; hocque videtur clarè deduci *ex §. vulgo Instit. de succes. cognat. & ex §. nouissime Instit. ad Senat. Consult. Orficiun.*, in quibus iuribus dicitur, quod spurij, seu vulgo quæsiti non habeant agnatos, sed solum sequantur cognationem, quæ habetur originaliter a Matre, cui etiam succeduut, & per consequens matris tutelæ debent subiacere, cum etiam matri ipsi succedant, vnde subingreditur regula, quod ius tutelæ deferatur ad normam successionis ab intestato argumentum eorum, quæ in præcedentibus docebamus; vnde merito subdit *Glosa in d. l. final. in verbo profectæ C. quando mul. tut. offic. fung. pot.*, quod spurius in ordine ad matrem non inspicitur, nec consideratur vt spurius arg. eorum, quæ habentur *in d. §. nouissime Instit. ad Senat. Consf. Orficiun.*

19 Et hoc etiam in ordine ad filios spurios.

In ordine ad tertium, si agamus de

Patre,

Patre, & Matre in ordine ad filios naturales *Glosa in d. auth. matri, & auiæ verf. matri verb. sed quid si mater, & pater C. quando mul. tut. offic. fung. potest*, & ibi *Salicetus n. 3. verf. quaro secundo*, docent in tali concursu patris, & matris naturalis præferri Patrem, quantumuis tantum naturalem, ipsumque solum esse tutorem legitimum. Contrarium tamen, quod scilicet mater naturalis in concursu cum patre naturali sit præferenda sustinent *Bartolus in d. auth. matri, & auiæ n. 3. C. quando mul. tut. offic.*, *Angelus de legitima patron. tut. nu. 6.*, *Montanus de tut. & curat. c. 15. num. 25. & seqq.*; quibus adhærendum censeo propter eam rationem, quam considerat *Montanus loc. cit.*, quod scilicet mater semper sit certa, & iura cognationis semper cum filijs retinet, & non solum filij naturales, & etiam spurij succedunt matri per textũ *in l. Modestinus, l. hac parte l. spurius ff. unde cognati*, sed etiam mater eisdem filijs succedit per textum *in d. l. hac parte l. spurius ff. eod.*, vnde quoad matrem pro legitimis habentur *l. si suspecta §. de inofficioso ff. de inoffic. testam. §. cum autem*, & *ibi Aretinus Instit. eod. tit.*, *Alexander in l. ex facto §. si quis rogatus n. 4. ff. ad Trebel.*, vnde ex regula supra posita, quod ius tutelæ deferatur ad normam successionis ab intestato, rectè concluditur, quod mater naturalis, quæ ab intestato succedit filijs, sit admittenda ad tutelam, & præferenda alijs, qui non succedunt.

20 In concursu Patris, & Matris naturalis præfertur mater,

Solum aliqua difficultas videtur versari, quando filij sunt præcisè naturales, nam sub tali respectu videntur retinere ius agnationis cum patre, quandoquidem eodem cognomine dignantur, & vere ab eo descendunt; ius habent ad alimenta non solum necessaria naturæ, sed etiam congrua statui, & dignitati attenta tamen qualitate illegitimitatis per ea, quæ latè docuimus *vol. 9. sub tit. Contractus XV. de matrimon. 9. prænot. 11. num. 3.*, & docent *Ascanius Clemens de patria potest. c. 9. n. 36.*, *Couarruuias de sponsalibus part. 2. c. 18. §. 6. num. 6. per textum in auth. licet C. de natu. liberis*, & succedere possunt in vncia existentibus filijs legitimis, & in duabus eisdem legitimis non existentibus etiam ab intestato per ea, quæ docuimus *loc. cit. n. 5. per textum in d. auth. licet C. de natu. lib. & in §. consideremus circa medium de semis. & trient.*, quinimmo etiam in ordine ad filios spurios iura canonica obligant Patrem ad alimenta per textum *in c. cum haberet de eo, qui duxit in matrimon.*, ex quibus videtur deduci, quod, cum pater etiam naturalis ad hæc onera teneatur, non sit à tutela reijciendus. Sed facilè his omnibus possum occurrere asserendo *secundum Baldum in l. fin. C. de confirm. tut.* verificari ad summum, quod pater naturalis possit testamento dare tutorem filijs naturalibus quoad ea, quæ ex eodem Patre in ipsos filios processerunt, vt expresse colligitur *ex d. l. fin.* eo modo, quo ab extraneo etiam in ordine ad ea, quæ ipse reliquerit, potest dari, ita tamen vt absolutè tutor sic datus indigeat confirmatione, sine qua nec sic relicta possit administrare; cæterum quoad alia ipse excluditur arg. à contrario sensu deducto ex eod. textu *in d. l. fin. C. de confirm. tut.* Quoad ea, quæ dicuntur de filijs spurijs, dicendum est, quod iura canonica commiserationis causa voluerint quidem in hoc corrigere rigorem iurium ciuilium decernendo alimenta eisdem spurijs propter necessitatem, non autem corrigere in alijs, quæ non ita sunt necessaria, nec in iure corrigente expressa, cuiusmodi est onus tutelæ in ordine, ad quod iura ciuilia, & antiqua intacta, & incorrecta reliquerunt.

Soluuntur argumenta contraria.

Quid verò sentiendum sit, si filij naturales fuerint legitimati, vel per subsequens matrimonium, vel per rescriptum Principis? Si legitimati fuerint per subsequens matrimonium, cum fiant tales, ac si natiesset ex iusto matrimonio, & admittantur ad feuda, dignitates, maioratus, & similia, prout docent *Duennus reg. 350. per tot.*, *Cabal. resol. crim. cas. 112. nu. 10.*, *Michalor de fratrib. part. 3. c. 23. & 24.*, *Stephanus Gratianus discept. for. c. 653. per tot.*, *Pacificus Iordan. lucub. vol. 2. lib. 10. tit. 18. n. 34.*, *Merlinus de legit. lib. 1. tit. 2. q. 7. per tot.* non video, cur plenè non cadant sub potestate patris? cur eisdem testamento tutores dare non possit? cur eorum bona non possit administrare priuatiuè quoad alios omnes, & etiam matrem? Si verò fuerint legitimati per rescriptum Principis, cum etiam habeantur tanquam legitimi, & succedant parentibus tam ex testamento, quam ab intestato, excludant substitutum, & acquirant omnia priuilegia, quæ legitimis, & naturalibus simul competere solent, prout notant *Gratianus discept. forens. c. 477. num. 2. & c. 673. per tot.*, *Fusarius de substitut. 408. per tot.*, *Rota Romana part. 14. recenc. decis. 163.*, non video etiam, cur Pater non possit omnem, & plenam in eosdem exercere potestatem, adeoque tutelam assumere priuatiuè quoad alios omnes.

21 Excipe tamen in casu, quo filij essent legitimati.

Siue per subsequens matrimonium, siue per rescriptum Principis.

Assertio VII. In concursu Matris, & Auiæ cum fratre egresso limites impubertatis in ordine ad alios fratres

impu-

impuberes, & respectiuè filios, & nepotes præferendæ sunt ordine successiuo mater, & auia ad eundem fratrem *Corneus consl.101. lib. 3., Decius in c. ex parte de appel., Boerius ad consuet. Bituricens. § 6. in verb à son pere, Guald. de cautel. vlt. vol. tit. de tut. cautel. 1., Montanus de tut. & curat. c. 15. n. 38.*

22 In concursu matris, & auiæ cũ fratre maiori ordine successiuo præferuntur mater, & auia.

Expresse videtur colligi ex textu *in d. auth. Matri, & Auiæ (quando mulier tut. offic. fung. potest*, vbi Mater, & Auia omnibus legitimis agnatis, & multo magis datiuis præferuntur. Ibi. *Matri, & Auiæ secundum ordinem tutelam etiam ante agnatos subire permittimus*, & congrua quidem ratione hoc decernitur, quandoquidem propter ingentem amorem, qui præsumitur in ascendentibus respectu descendentium, maior propensio, & maturius consilium, & intensior sollicitudo præsumitur, quam in collateralibus, sicque iura magis fidunt Matri, & Auiç, quam fratribus. Hac eadem ratione euincitur, quod mater, & auia sint præferendæ patruis, prout signantèr notant idem *Decius in c. ex parte de appelat. & consil. 16., & Gualdus de cautel. vltim. vol. tit. de tut. cautel. 1.*; & in ordine ad fratrem pupillorum, hoc etiam notat *Montanus loc. cit.*, quod eadem mater simul cum fratre succedat eisdem pupillis.

23 Et etiam præferuntur patruis.

Assertio VIII. Comparando ad inuicem fratres vtrinque coniunctos cæteris fratribus impuberibus ad patruos etiã ex parte patris ijdem fratres egressi limites impubertatis in ordine ad alios impuberes sunt præferendi patruis. Imo hanc arbitror omnes consentire.

24 Fratres vtrinque coniũcti præferuntur patruis etiam ex parte patris.

Rationem ex eo deduco primo, quod habetur in citata regula, quod scilicet consanguinei proximiores admittendi sint ad tutelam, & excludant remotiores per textum *in d. auth. Matri, & Auiæ C. quando mul. tut. offic. fung. potest, Ioannes Gutierez de tut. & curat. c. 12. num. 1.*, & alij communiter; Denegari autem non potest, quin frater respectu fratris, seu fratrum sit proximior in gradu, quam sit patruus, ergo ipse frater in ordine ad tutelam fratrum impuberum erit præferendus patruo.

Secundo, quia frater excludit patruũ à successione fratris sui, quin immo filius fratris excludit patruum à successione fratris patris sui *auth. post fratres autem in princip. vers. hy autem iuncta glos. in verb. similibus C. de legit. hæred., Oinotimus Instit. de hæred. quæ ab intest., Baldus in d. auth. post fratres, & consl. 29. num. 8. & 9. vol. 6., Altogradus consil. 51. per tot. lib. 1., Marius Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. repræsentatio num. 3.*, qui etiam

Rationes pro hoc asserto.

asserit, quod, quamuis versaremur in pari gradu, iura tamen magis faueant transuersalibus per lineam inferiorem, quam transuersalibus per lineam superiorem, ergo etiam excludit eundem patruum à tutela fratrum suorum impuberum ex generali regula, secundum quam ius tutelæ defertur ad normam successionis ab intestato *Oinotimus Instit. de legit. agnat. tut., Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 12., Galgagnetus eod. tract. lib. 1. tit. 4., Balthassar Thomasius de tut. & curat. tit. 12. c. 1. & 2., Paulus Christinus decis. 147. per tot. vol. 3.*

Assertio IX. Concurrente fratre ex vtroque latere coniuncto ad tutelam fratrum suorum impuberum cum alio fratre ex vno tantum latere coniuncto præferendus est frater ex vtroque latere coniunctus *Baldus in l. de emancipatis C. de legit. hæred. & in §. si plures, vbi Faber Instit. de legit. agnat. success. Practica Papiens. in formal. libel. pro hæredib. ab intest. in verb. nullisque superstitibus, Stephanus Gratianus discept. for. c. 671. n. 19.*, vbi licet præmiserit, quod vtrinque coniunctus præferatur consanguineo tantum, quando agitur de succedendo ex testamento, concludit tamen, quod fratres vtrinque coniuncti præferantur fratribus ex vno latere tantum respectu bonorum allodialium, & tutelæ.

25 Frater vtrinque coniunctus præfertur alteri ex vno tantum latere coniuncto.

Rationem ex eo deduco, quia intuitu duplicis vinculi, quod est in fratre vtrinque coniuncto præsumitur maior propensio, & affectio intensior erga fratres, quam sit in alio fratre ex vno tantum latere coniuncto, ergo in concursu ad tutelam ille erit præferendus; nec obstat, quod vterque in ordine ad fratres impuberes sit in eodem gradu, & agnatione; non obstat, inquam, quia etiam sunt in eodem gradu Auus, & Auia cum nepotibus, seu neptibus impuberibus, & tamen ratione qualitatis perpensionis consilij iuxta superius dicta præfertur Auus; ita etiam in præsenti hypothesi cum fratribus impuberibus licet vterque frater, scilicet vtrinque, & ex vno latere coniunctus sint in eodem gradu, quia tamen vtrinque coniunctus præualet in præsumpta qualitate maioris propensionis, & intensioris affectus erit præferendus. Accedit, quod frater vtrinque coniunctus nemine disceptante succedit, tam ex testamento, quam ab intestato fratribus impuberibus, prout habetur in *auth. itaque (commun. de successión. & auth. cessante C. de legit. hæred. & auth. post fratres C. eod. tit.*; quod saltem quoad successionem ab intestato non verificatur in or-

Rationes pro hoc asserto.

ordine ad fratrem ex vno tantum latere coniunctum, vt docet *Stephanus Gratianus discept. for. c. 661. num. 19.*; Rursus respectu bonorum allodialium fratres vtrinque coniuncti præferuntur fratribus ex vno tantum latere per ea, quæ notant *Bartolus cons. 38. col. penult. lib. 2.* per textum *in §. ex his auth. de hæredib. ab intest. venient. §. ex enim ipso, & §. quia plerumque Instit. de legit. patron. tut.*, ergo, cum legitima tutela per superius commẽdata deferatur ad normam successionis ab intestato, deferri potius debet fratri vtrinque coniuncto, quam alteri consanguineo, seu ex vno tantum latere coniuncto.

26 Et hoc, siue ille, qui est ex vno tantum latere coniunctus sit ex parte matris, siue ex parte patris.

Hæc, quæ dicta sunt sub hac assertione, verificantur, siue ille, qui est ex vno tantum latere coniunctus, sit talis ex latere patris, siue talis ex latere tantum Matris; ratio etenim mox adducta de vtroque conuincit; Neque obstat, quod coniunctus ex latere patris præferat omnes prærogatiuas respectu Patris, qui respectus magis est in tutela attendendus, quam alius quilibet, quandoquidem officium tutelæ est in supplementum Patris, & ad Patrem spectat tutorem constituere, non ad matrem; Non obstat, inquam, quia licet coniunctus ex latere patris præferat omnes prærogatiuas patris, nõ tamen præfert omnes prærogatiuas illius matrimonij, ex quo orti sunt fratres impuberes, de quorum administratione, & defensione agitur, cum in ordine ad illos non præferat prærogatiuas matris, & propterea in eodem minor affectio præsumitur, & minus accurata solertia in ordine ad prolem ab eadem matre progenitam, & licet tutor potius succedat in officium, & locum patris, quam matris, cum ad patrem pertineat prouidere filijs de tutela, non ad matrem; non propterea ex hoc sequitur, quod in concursu cum altero vtrinque coniuncto non debeat illi cedere, tùm propter rationem adductam de maiori propensione erga fratres impuberes in isto, quam in illo, tùm ex eo, quod hic non agitur de testamentaria tutela, sed de legitima, quæ prouenit à iure, quod magis fidit in fratre vtrinque coniuncto, quam in alio coniuncto tantum ex latere patris.

Assertio X. Concurrentibus duobus fratribus vtrinque coniunctis, & habilibus ratione ætatis, quorum alter sit maior, alter minor, vterque æquè primo admittendus est ad tutelam fratrum impuberum tanquam legitimus tutor nulla habita ratione maioritatis ætatis in vno, quam in altero. In hanc consentire videtur *Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. tutela num. 8. vers. quod tutela legitima*, & quotquot sustinent, quod tutela legitima deferatur ad instar hæreditatis ab intestato, ita vt si plures sint in eodem gradu, siue agnati, siue cognati, ad quos spectaret successio, ad illos spectet onus tutelæ, dummodo capaces sint, idest maiores 25. annis, & masculi; cum igitur in hac hypothesi fratres sint in eodem gradu, & capaces administrationis tutelæ respectu impuberum, & æquale ius habeant succedendi, non est, cur æqualiter non debeant succedere in tutela.

27 Concurrentibus duobus fratribus vtrinque coniunctis, & habilibus vterque æque primo admittitur etiam si vnus sit minoris ætatis respectu alterius.

Ratio ex eo deducitur, quia ex vna parte plures tutores simul sunt compatibiles, vt tanquam certum supponunt omnes DD., dum asserunt, quod, si plures fuerint tutores, omnes possint simul administrare, & omnes obligentur in solidum versus pupillos, nec habeant beneficium excussionis; ex alia parte, cum fratres sint in eodem gradu, & omnes æquale ius habeat successionis, nec sit maior ratio de vno, ac de altero, non est, cur omnes non debeant succedere in tutela; nec obesse potest illa ratio maioritatis in vno respectiuè ad alterum, quandoquidem cum expressè à iure requisita in vtroque reperiatur, illa qualitas maioritatis ætatis omnino ad hunc effectum tutelæ materialiter se habet, nec iure considerabilis est, cum cætera omnia considerabilia, & requisita intelligantur interuenire.

Rationes pro asserto.

Assertio XI. Concurrentibus agnatis, & cognatis secundum modernam dispositionem iuris communis admittuntur proximiores in gradu indiferenter nulla habita ratione cognationis, & agnationis; secundum consuetudinem tamen; & iura municipalia totius ferè Italiæ præferuntur agnati cognatis. Ita quoad primam partem. *Montanus de tut. & curat. c. 15. nu. 2.*, *Corneus cons. 274. num. 1. & cons. 101. num. 1. & 2. lib. 3.*, *Plotus in tract. de iur. in lit. iur.* Quoad secundam *Mysingerius Instit. de legit. agnat.*, & nos idem docuimus *sub hac eadem prænot. assert. 3. vers. sed quid dicendum erit in fin.*

28 Agnati, & cognati secundum ius commune modernum indiferenter admittuntur, secundũ tamen consuetudinem præferuntur agnati.

Prima pars liquet ex *Nouella 118. Iustiniani Imperatoris* teste *Montano d. c. 15. num. 2.*, vbi sublata antiquiori lege agnatorum iubet, tam agnatos, quam cognatos, qui proximi sunt, & idonei ad tutelam, vt hæredes, ita & tutores esse. Fateor in meo volumine hanc Nouellam Iustiniani non reperiri, cum ibidem à Nouella 117. ad 119. fiat transitus nulla alia intermedia apposita; sed

Rationes pro asserto.

K quia

quia de hac mentionem expressam in terminis præsentis assertionis faciunt Montanus, & alij, arbitror ex incuria dictam nouellam omissam. Cæterum, quod tutela legitima deferatur indifferenter agnatis, & cognatis, docet etiam *Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. tutela nu. 8. vers. quod tutela legitima*.

Secunda pars ex eo liquet, quod per vniuersam ferè Italiam ex iuribus municipalibus, & consuetudinarijs agnati etiam quoad successionem præferantur cognatis, quibus stantibus relabimur in ius antiquum, secundum quod agnatis datur prælatio, sicuti in successione, ita & in tutela.

PRÆNOTIO XI.

De Prærequisitis in Matre, & Auia ad assumptionem tutelæ, & de eisdem ad secundas nuptias conuolantibus.

SVMMARIVM.

Proponuntur ea, quæ veniunt examinanda sub præfati titulo. 1.

Iura præscribentia renuntiationem iuratam de non transeundo ad secundas nuptias. 2.

Modo requiritur renuntiatio, non tamen iuramentum. 3.

Hoc ius renuntiationis secundis nuptijs in Gallijs secundum aliquos non est receptum. 4.

In Italia secundum plures hoc ius est receptum. 5.

Secundum alios vel non est receptum, vel contraria consuetudine abolitum. 6.

Vbi non constat de legitima consuetudine derogante hoc ius renuntiationis seruandum. 7.

Et, si non seruetur, irrita est assumptio tutelæ. 8.

Et quoad secundas nuptias requiritur expressa, & specifica renuntiatio. 9.

Rationes suadentes, quando tutela est testamentaria, non requiri in Matre, & Auia hanc renuntiationem. 10.

Probabilius etiam in testamentaria tenentur illam præmittere. 11.

Non sufficit, quod in assumptione tutelæ Mater, & Auia promittant deponere tutelam cum contrahent secundas nuptias, sed debent ex tunc præmittere renuntiationem simpliciter secundis nuptijs. 12.

Mater, & Auia debent etiam renuntiare beneficio Senatus Consulti Velleiani. 13.

Dissidium inter DD. an hæc renuntiatio sit contrario vsu abolita. 14.

Vbi non est abolita, si omittatur, vitiat tutelam. 15.

Hæc renuntiatio debet esse expressa, specifica, & indiuidua. 16.

Hæc renuntiatio Velleiano debet fieri eodem contextu, quo suscipitur tutela, nec sufficit, quod fiat ante, vel post. 17.

Si tamen antequam fuerint admissi legitimi, iterum susceperit cum renuntiatione in eadem tutela firmaretur. 18.

Debent etiam Mater, & Auia renuntiare cuicunque alij legum auxilio. 19.

Adeo vt, si non renuntient, non subsistat tutelæ assumptio. 20.

Sub generali renuntiatione cuicunque legum priuilegio venit renuntiatio electionis fori. 21.

Item renuntiatio beneficij excussionis. 22.

Item renuntiatio prælationi quoad suam dotem. 23.

Item secundum aliquos priuilegio, ne conueniri possit, vltra quam commodè potest. 24.

Renuntiatio Velleiano ad hoc inseruit, vt creditores possint excipere de renuntiatione Velleiani. 25.

Sententia asserens Matrem, & Auiam non posse renuntiare priuilegio, ne conueniri possint vltra quã commodè possunt, nec in carcerem detrudi ob debitum tutelæ. 26.

Sententia asserens posse renuntiare huiusmodi priuilegijs. 27.

Probabilius est, quod in generali renuntiatione non veniat priuilegium, ne conueniri possit vltra quam commodè potest. 28.

Excipe, nisi esset debitrix ex dolosa administratione. 29.

Nec possunt incarcerari pro debito tutelari. 30.

Nisi constaret de dolosa administratione. 31.

Mater, & Auia suscipientes tutelam tenentur expressa hypotheca bona sua subijcere. 32.

Quid præstet hæc hypotheca expressa supra tacitam. 33.

Si remittatur hæc hypotheca expressa probabilius vitiatur tutelæ susceptio. 34.

Ad hoc vt Mater, & Auia possint administrare tutelam filiorum non prærequiritur Iudicis decretum. 35.

Mater, & Auia ante susceptionem tutelæ satisdare tenentur. 36.

Mater transiens ad secunda vota ipso iure priuatur tutela filiorum primi matrimonij. 37.

Non solum Mater transiens ad secunda vota amittit tutelam filiorum, sed etiam curam. 38.

Per sola sponsalia post obitum secundi mariti mater ipso iure non amittit tutelam filiorum. 39.

Soluuntur argumenta contraria. 40.

Si mater post contracta sponsalia velit assumere tutelam, quam nondum susceperit, est reijcienda. 41.

Si recesserit à sponsalibus iam contractis, &

tutelam postea petierit, erit admittenda. 42.

Intellige nisi, interim alius tutor datus fuerit, Ibid.

Si mater transitura ad secundas nuptias coram Iudice petierit dari alium tutorem, qui datus fuerit, non potest mutato consilio nuptiarum recuperare tutelam. 43.

Si mater ultra sponsalia actionem aliquam addiderit, ex qua ex affectione erga futurum maritum timeri possit damnum pupillis, priuanda est munere tutelæ. 44.

Mater contrahens nuptias per verba de præsenti amittit tutelam, quamuis nuptiæ non fuerint consummatæ. 45.

Etiam si non fuerit traducta ad domum secundi mariti. 46.

Mater amittit tutelam filiorum per secunda vota, quantumuis fuerint inualida, si fuerint consummata. 47.

Sententia Sanchez asserentis, matrem inualidè secundo nuptam non priuari tutela, nisi post sententiam Iudicis. 48.

Sententia Sanchez reprobatur. 49.

A fortiori intelligitur priuata, si contraxerit cum scientia inualiditatis. 50.

Amittit etiam mater tutelam, nec recuperat, si contractis nuptijs cum secundo marito idem maritus ante consummationem transierit ad Religionem. 51.

Ius semel extinctum non amplius reuiuiscit etiam cessante causa extinctionis. 52.

Per transitum ad secunda vota simpliciter mater censetur suspecta. 53.

Per transitum ad secunda vota intelligitur tacitè renuntiare tutelæ. 54.

Tutela semel repudiata non restituitur. 55.

Argumentum, quod cessante causa prohibitionis cesset prohibitio, non valet, quando iam produxit effectum. 56.

Textus in l. si quis sub conditione ff. de test. tut. *procedit tantum, quando tutela casu amissa est sine voluntate tutoris. 57.*

Pœnæ contra secundo nubentes in fauorem filiorum primi matrimonij, non intelliguntur per ius canonicum correctæ. 58.

Priuatio tutelæ inducitur ob suspicionem malæ administrationis. 59.

Mater binnuba post mortem secundi mariti non potest reassumere tutelam, siue post contractas secundas nuptias prouisum fuerit de alio tutore, siue non. 60.

In casu, quo post secundas nuptias datus esset tutor suspectus, & remouendus, nec alius esset idoneus, eadem mater post obitum secundi mariti posset subrogari. 61.

Item in casu, quo filij prioris matrimonij nec haberent, nec habere possent alios tutores idoneos. 62.

Intellige tamen, si mater non habeat filios ex secundo matrimonio, & accedat auctoritas Principis. 63.

Sententia asserens, quod transeunte matre ad secundas nuptias, aperiatur via datiuo. 64.

Contraria sententia asserens locum esse legitimo. 65.

Si mater non assumpta tutela dicat Iudici, nolo esse tutrix, & peto dari filijs meis tutorem *tutela defertur legitimo. 66.*

Si mater assumpta tutela dicat Iudici, volo ad secunda vota transire, da filijs meis tutorem *aperitur locus datiuo. 67.*

Si transeat ad secunda vota non adito Iudice, nec habita cura filiorum aperitur locus legitimo. 68.

Si mater vidua assumpta filiorum tutela ex tunc elegerit alium tutorem, qui ipsi succedat in casu mutationis status, ille probabiliùs non est confirmandus sine diligenti inquisitione. 69.

Et hoc siue mater fuerit tutrix testamentaria, siue legitima. 70.

Tutor nominatus à Matre transeunte ad secunda vota, & facta inquisitione diligenti inuentus idoneus, est à Iudice confirmandus. 71.

Nonnulla dubia excitantur, & diluuntur. 72.

Mater transiens ad secundas nuptias regulariter non potest obligare ad dandum vitricum tutorem filijs prioris matrimonij. 73.

Excipe, si accedat Principis auctoritas. 74.

Aliæ limitationes proponuntur, & examinantur. 75.

QVoniam in præcedentibus diximus, Matrem, & Auiam, si excipias Auum paternum, & in ordine ad Auiam, etiam maternam, præferri in tutela filiorum, & respectiuè nepotum alijs omnibus agnatis, & cognatis, congruo ordine procedentes hic inquirimus conditiones, quæ in eisdem prærequiruntur, vt validè eandem tutelam assumant.

1 Et quidem in ordine ad has conditiones prærequisitas in Matre, & Auia dubitandum occurrit primo, an in assumptione tutelæ teneantur primo in actis iuramento promittere, se ad secundas nuptias non transituras; secundo, an antequam admittantur ad huiusmodi munus tutelæ debeant renuntiare Senatus Consulti Velleiani beneficio; tertio, an antequã possint administrare tutelã, indigeant Iudicis decreto; quarto, an teneantur satisdare. In ordine verò ad transitum ad secundas nuptias, an ipso iure amittant tutelam, quo ad tales nuptias conuolarint, an verò requiratur Iudicis sententia? An per solum transitum ad easdem nuptias formaliter

Proponuntur ea, quæ veniunt examinanda sub præsenti titulo.

ter amittant hanc tutelam, an verò per promissionem nuptiarum de futuro, hoc est per sponsalia; An, si requirantur nuptiæ formaliter, hæ debeant ad hunc effectum esse consummatæ? An, si nuptiæ fuerint celebeatæ, & ratæ, sed ante consummationem maritus transierit ad Religionem, ipsa vxor recuperet tutelam, quam per nuptias amiserar, & alia huiusmodi?

In ordine ad primum de renuntiatione iurata, seu de promissione cum iuramento in actis nou transeundi ad

2 Iura præscribentia renuntiationẽ iuratam de non transeundo ad secundas nuptias.

secundas nuptias extat manifestus textus *in l. fin. C. quando mul. tut. offic.* Ibi. *Mater autem eorum (siue masculi sint, siue fœminæ) subire tutelam ad exemplum legitimæ sobolis liceat ei hoc facere, quatenus actis sub competente iudice interuenientibus iuramentum antea præstet, quod ad nuptias non perueniat, sed pudicitiam suam intactam conseruet.* Hanc iuris dispositionem in parte moderatus est *Iustinianus Imperator in sua Nouella* 87., dum firmans onus renuntiationis secundis nuptijs in iudicio abstulit tamen onus iuris iurandi. Ibi. *Renuntiet secundis nuptijs in iudicio sine iure iurando.* Modo autem dubitari con-

3 Modo requiritur renunciatio, nõ tamen iuramentum.

tingit, an hoc ius renuntiandi secundis nuptijs in iudicio ad effectum validæ assumptionis tutelæ in Matre, & Auia adhuc vigeat, an verò contraria consuetudine intelligatur abolitum. Circa quod dubium *Ioannes Imbert. in suo Enchirid. verb. tutela* asseit in regnis Galliæ hanc dispositionem moribus populorum non esse receptam, quod idem firmasse videtur *Boerius ad consuetud. Bituricens. tit. 1. §. 6. in verb. à son pere in fin.*

4 Hoc ius renuntiationis secundis nuptijs, secundũ aliquos in Gallijs non est receptũ.

Sed *Montanus de tut. & curat. c. 15. nu. 57.* ex auctoribus Galliæ rem attentius perpendens, & præcipuè *ex Petro Iacobi in libello de actione tutelæ directa in fin.*, *& ex Molinæo in consuetudinib. §. 56. glos. 1. n. 30.* non agnoscit in Gallijs hoc ius contraria consuetudine abolitum, & asserit, esse satius ad praxim reuocandum. Sed, quidquid sit de moribus Galliarum, res ponderanda est, & dirimenda relatiuè ad iura consuetudinaria nostræ Italiæ, in qua hæc scribuntur; In ordine ad quæ *Stephanus Gratianus discept. for. c. 668. num. 12. 13. & 14.*, videtur sentire contraria consuetudine Matrem non eximi in assumptione tutelæ filiorum ab onere emittendi hanc renuntiationem secundis nuptijs; dum etenim rela-

5 In Italia secundũ plures hoc ius est receptum.

to huiusmodi iure disponente de hac renuntiatione distinguens inter legitimam Matris tutelam, & testamentariam asserit, quod in testamentaria de consuetudine non requiratur ista renuntiatio secundarum nuptiarum cum alijs solemnibus, videtur firmare, quod in legitima requiratur, nec adsit contraria consuetudo; singularis etenim exceptio firmat regulam in non exceptis per vulgatissima iura; atque pro hac opinione quoad omnia allegat *Ferretum cons. 312. nu. 4. cum seq., Boerium decis. 124. n. 13. & decis. 61. in fin. & de consuet. tur. stat. person. §. 6., Fabrum, & alios in auth. Matri, & Auia C. quand. mul. tut. offic., Mastrillum decis. 73. nu. 4.* Hoc idem firmare videtur expresse *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 8. à nu. 24. ad plures sequentes*, vbi specialitèr asserit, hanc renuntiationem alterum nuptiarum requiri pro forma substantiali valoris tutelæ matris factæ, quod etiam prius firmauerat *Beccius cons. 41. n. 26.* Rursus *Alban. in d. auth. Matri, & Auiæ vol. fin. in vers. item quæro C. quando mul. tut. offic.* testatur ita vidisse seruari, & *Antonius Gomez in l. 14. Tauri num. 11. in princip.* asserit ita communiter practicari. Ex aduerso alij plures asserunt hoc ius renuntiationis matris, & auiæ futuris nuptijs esse contraria cõsuetudine abo- 6

6 Secundũ alios, vel non est receptũ, vel contraria cõsuetudine abolitum.

litum indefinitè loquendo, siue in ordine ad tutelam testamentariam, siue ad legitimam, & quidem loquendo de matre, & auia relictis in testamento tutricibus filiorum, seu nepotum, quod non teneantur renuntiare secundis nuptijs sentiunt *Glosa fin. in l. fin.* Ibi. *exceptis testamentarijs ff. de tut., Laurentius de Pino cons. 35. nu. 3. & 4., Albericus in auth. matri, & auia vers. numquid data in testamento C. quando mul. tut. offic., Angelus cons. 50. Incipien. testator quidam*, hancque opinionem seruari de consuetudine testatur *Ioannes Fabius in d. auth. Matri, & Auia, Antonius Piaggius de tut. & curat. q. 7. nu. 40., Ioannes Baptista Terres cons. 312. n. 12. num. 4. in secunda parte*, qui omnes, dum restringunt consuetudinem ad non renuntiandum futuris nuptijs in tutela testamentaria, videntur vt supra firmare hanc consuetudinem locum non obtinuisse in tutela legitima, & datiua, adeout in his firma remaneat dispositio *in l. vltim. C. quando mulier. tut. officia, & in d. auth. Matri, & Auia.* Loquendo verò de tutela legitima Matris, & Auiæ plerique asserunt per consuetudinem abrogatum etiam esse ius renuntiandi secundis nuptijs, de qua consuetudine mihi non constat. Quamobrem sit.

ASSERTIO I. Vbi non constat de legitima consuetudine derogante dispositioni iurium statuentium per matrem assumentem tutelam filiorum renuntiandum esse in actis, secundis, alijsque

futu-

futuris nuptijs, seruāda sunt huiusmodi iura de renuntiatione ponenda, adeout, si non seruentur, irrita simpliciter sit assumptio huiusmodi tutelæ. Consentiunt communiter DD. supra allegati.

7 Vbi non constat de legitima consuetudine derogante, hoc ius est seruandum.

Quoad primam partem ex eo deducitur, quia non constante de consuetudine derogāte iuribus prçcitati *in l. fin. C. quando mul. tut. offic. & in auth. Matri, & Auia C. eod. tit.* permanent in suo robore intacta, & inuiolata, ergo non est, cur non debeant obligare ad plenam obseruantiam, cum sint plenè dispositiua.

8 Et si non seruetur, irrita est assumptio tutelæ.

Quoad secundam partem, quod scilicet, si non seruentur, irrita sit tutelæ assumptio, ex eo deducitur, quia hæc renuntiatio aliarum nuptiarum præscribitur tanquam forma substantialis eiusdem tutelæ validè assumendæ, siquidem verba, quibus statuitur, important conditionem, vt videre est *in d. l. fin. C. quando mul. tut. officio.* Ibi- *quatenus actis sub competente Iudice internenientibus*, quç particula *Quatenus*, præcipuè, quando est innexa verbo futuri temporis importat conditionem *Bartolus in l. 1. nu. 2., & ibi Castrensis, Immola, & Socinus ff. de condit. & demonst., Vulpellus de prapost. & aduerb. signif. sub hac dictione Quatenus in princip. pag. 90.*; item *in d. auth. Matri, & Auia.* Ibi- *Si inter gesta nuptijs alijs renuntiauerint*, quæ certa verba important conditionem; conditio autem inducit formam *Decius cons. 58. n. 18., & alij communiter*, ergo eadem non seruata corruit actus, cum forma sit, quæ dat esse rei *l. Iulianus §. fin. ff. ad exhibn., Decius cons. 78. n. 31.*; neque hæc conditio continet solum certam quandam solemnitatem, cum sit de re magni ponderis, prout considerant *Bartolus in l. si quis sub conditione n. 15. ff. de testam. tut., Baldus in auth. Matri, & Auia n. 3. C. quando mul. tut. offic., Abbas in c. ex part. nu. 3. de appel.*, & licet dispositio *d. l. fin. C. quando mul. tut. offic.* intelligatur correcta quoad iuramentum per *Nouellam Iustiniani 87.*; attamen firma remanet quoad onus simplicis renuntiationis futuris nuptijs per textum *in auth. Sacramentum C. quando mul. tut. offic.*

Hic duplex oritur difficultas; altera, an requiratur in Matre, & Auia volentibus tutelam filiorum, seu nepotum assumere expressa, & indiuidua renuntiatio futuris nuptijs, an verò sufficiat renuntiatio in genere, quatenus renuntiet omni beneficio &c. Altera, an hæc renuntiatio æquè requiratur respectu matris, & auiæ in tutela legitima, ac in testamentaria.

In ordine ad primam *Bartolus in d. auth. Matri, & Auia num. 14., Alexander cons. 146. nu. 3. vol. 7.* distinguentes inter renuntiationem futuris nuptijs, & renuntiationem Velleiano, de qua infra, asserunt, quod quoad secundas nuptias requiratur expressa, & specifica renuntiatio, non sic autem ex necessitate quoad Velleianum, addita ratione diuersitatis, quia scilicet Velleianum est beneficium mulieris, quod propterea cadit sub generali renuntiatione beneficij; facultas autem transeundi ad secundas nuptias non est propriè priuilegium, seu beneficium, sed facultas cuilibet competens, quæ propterea non cadit sub generali renuntiatione beneficij, ac proinde exigit specialem, indiuiduam, seu specificam cessionem. Quidquid tamen sit de hac diuersitate, de qua infra erit sermo, dum de renuntiatione Velleiano, quantum spectat ad renuntiationem secundis nuptijs, sentio requiri specialem, & indiuiduam, prout in specie sentit *Ioannes Gutierez, de tut. & curat. c. 8. n. 31., Salicetus in auth. Matri, & Auia nu. 16. C. quando mul. tut. offic.* Rationem tum ex eo deduco, quod hæc renuntiatio præscribitur tanquam forma, vt supra, tum ex eo, quod per allegata iura *in d. l. fin. C. quando mul. tut. offic. & in auth. vt sine prohibitione matres §. quia verò collat. 7.* statuentia requiri hanc renuntiationem secundis nuptijs, prius præscribitur renuntiatio in specie secundis nuptijs, & Velleiano, & postea clausulam generalem adijciunt de renuntiatione cuicunque beneficio, quod certè videtur inferre necessitatem specificæ renuntiationis quoad secundas nuptias.

9 Et quoad secundas nuptias requiritur expressa, & specifica renuntiatio.

In ordine ad secundam plerique adstruunt quoad testamentariam tutelam non requiri in matre, & auia hanc renuntiationem secundis nuptijs *Baldus in auth. eisdem pœnis n. vlt. C. de secundis nupt., Angelus de Aretio §. actionum q. 19. n. 41. instit. de tut., Angelus de Gambelion. tract. de testament. glos. 96. nu. 12.*, qui pluribus rationibus ad hoc affirmandum mouentur; & primo, *quia in l. omnem C. ad Tertul.*, vbi decernitur, quod mater transiens ad secunda vota amittat tutelam, est sermo tantum de tutela legitima, non de testamentaria -Ibi- *Si ea legitima liberorum tutela suscepta*, cuius dispositio propterea non est trahenda ad testamentariam; secundo quia in testamentaria fides vxoris in ordine ad huiusmodi munus intelligitur approbata a marito testatore, vnde sicuti ratione talis approbationis eximitur ab onere satisdandi per textum *instit. de satisdat. tut. in princip.*, ita videtur etiam eximi ab onere

10 Rationes suadentes in tutela testamentaria non requiri in Matre, & Auia hāc renuntiationem.

re-

renuntiandi ſecundis nuptijs, cum potiſſimum potuerit maritus teſtator præuidere ſecundas nuptias vxoris, & nihilominus tutelam contulerit ſine vlla exceptione, ex hoc videtur ſimplicitèr contuliſſe. Nihilominus iuxta ea, quæ docui *tom. 7. ſub tit. Contractus XV. de matrimon. 4. prænot. 6. num. 7.* nempe, quod vxnr tranſiens ad ſecunda vota amittat tutelam, quantumuis teſtamentariam, aſſerendum ſimpliciter arbitror, etiam in ordine ad tutelam teſtamento collatam teneri vxnrem renuntiare in ſuſceptione ejuſdem ſecundis nuptijs, prout etiam in ſpecie ſuſtinent *Bartolus in l. ſi quis ſub conditione num. 14. verſ. quæro, ſi mater ff. de teſtam. tut. & in auth. matri, & auiæ col. fin. verſ. quæro quid ſi mater eſt data C. quando mul. tut. offic., Garronis auth. eiſdem pœnis n. fin. C. de ſecundis nupt., Stina Nuptialis lib. 2. verbo vidua non eſt nubendum num. 50.* Rationem ex eo deduco, quia vxor binnuba, quantumuis fuerit tutrix ex teſtamento, per tranſitum ad ſecunda vota amittit ipſo iure tutelam per ea, quæ latè probauimus *d. tom. 7. ſub tit. Contractus XV. de matrim. 4. prænot. 6. n. 7.* per DD. & iura, quos, ſeu quæ ibi allegauimus, ergo ex vi allegatorum iurium *in l. fin. & in auth. matri, & auiæ C. quando mul. tut. offic.* tenentur Mater, & Auia in aſſumptione tutelæ filiorum, & reſpectiuè nepotum renuntiare ſecundis nuptijs; hæc etenim iura in tantum præcipiunt talem renuntiatinnem, in quantum cum ſecundis nuptijs non benè compatitur tutela filiorum prioris matrimonij propter damna, quæ de eiſdem præſumuntur ex ingenti amore vxoris erga ſecundum maritum ſupra amorem eorundem filiorum; ſi igitur vxnr ex hac cauſa nnn ſolum amittit tutelam legitimam per tranſitum ad ſecunda vota, ſed tenetur etiam in aſſumptione tutelæ eiſdem ſecundis votis renuntiare, non eſt, cur, ſi amittit per talem tranſitum tutelam etiam teſtamentariam, nnn debeat in aſſumptione eiuſdem renuntiare etiam eiſdem ſecundis nuptijs. Quod autem vxor tranſiens ad ſecunda vota amittat tutelam etiam teſtamentariam præter præcitatos DD. docent etiam *Baldus in l. omnem C. ad Tertul. nu. 7. & ibi Gloſa in fine. Idem Baldus in auth. Sacramentum in fin. C. quando mul. tut. offic. & conſ. 249. iſta quæſtio eſt dubia in fin. vol. 1., Francus in c. ex parte Mater num. 2. notab. 3. de appel., Antonius Gabriel tom. 3. communium opinioni lib. 3. tit. de ſecundis nuptijs concl. 9. num. 6.*

11

Probabilius etiã in teſtamentaria tenentur præmittere hanc renuntiationem.

Rationes pro hac diſpoſitione.

Rurſus ſubintrat hic difficultas, an vxor in aſſumptione tutelæ teneatur ſimplicitèr renuntiare ſecundis nuptijs, an verò ſufficiat, quod ex tunc promittat deponere tutelam, cũ primo ſecundas contraxerit nuptias, vel quando eaſdem contraxerit. Circa quam difficultatem *Petrus de Ognate tom. 2. de tutoribus, & curatoribus,* videtur ſentire, quod ſufficiat, quod ex tunc promittat tutelam deponere, quando ſecundas nuptias contrahet. Sed congruentius arbitrarer, hoc non ſufficere, ſed ex tunc requiri formalem renuntiationem ſecundis nuptijs, ſine qua irrita eſſet tutelæ ſuſceptio, prout expreſſe docent *Ioannes Gutierez de tut. & curat. c. 8. n. 25., Decius conſ. 58. num. 18.*, quod non ſolum ex eo euincitur, quod talis renuntiatio præſcribitur tanquam forma, quæ dat eſſe rei per textum *in l. Iulianus §. fin. ff. ad exhib.*, ſed etiam ex eo, quod iura præſcribentia hanc renuntiatinnem auertere intenderunt ſpem futuri coniugij, ne illa ſpe perſeuerante minus aptè contuleret rebus pupillorum, eorumque bona incongruè abſumeret in commodum futuri mariti.

12

Debent ſimplicitèr renuntiare, nec ſufficit, ſi promittant deponere cum nubent.

In ordine ad ſecundum de renuntiatione Velleiano, antequam vxor aſſumat tutelam, hanc præmittendam eſſe clariſſimè liquet ex eiſdem iuribus *in l. fin. & auth. matri, & auiæ C. quando mul. tut. offic.*; Sed, an hoc ſit adhuc in vſu, an verò per contrariam conſuetudinem abrogatum? Quæſtio eſt facti, circa quod variant DD., dum aliqui arbitrantur, adhuc in vſu eſſe, quod fiat illa renuntiatio; alij ſentiunt ius perſcribens hanc renuntiationem eſſe abolitum, ex quo tamen video, plures ex modernis DD. in hac materia ſcribentes de contraria conſuetudine mentionem nnn facere, ſed indefinitè nmare nnus talis renuntiationis, non auderem eximere vxorem viduam ab onere emittendi hanc renuntiationem. Quamobrem omiſſa, ſeu remiſſa hac quæſtione in foro verſantibus, quibus melius apparere poteſt de praxi, ſeu conſuetudine, quam viro clauſtrali, ad alia me confero circa hanc Velleiani renuntiationem, & primo ad quæſtinnem ſuperius attactam, an ſcilicet, vbi non fuerit onus renuntiationis per contrariam conſuetudinem abrogatum, illa ſit emittenda in expreſſa, & ſpecifica forma, an verò ſufficiat, quod cadat ſub generali renuntiatione omnis beneficij; ſecundo, an talis renuntiatio, vbi ſit neceſſaria, debeat fieri in eodem contextu ſuſceptionis tutelæ, an verò poſſit fieri antecedentèr, vel ex interuallo? tertio, an ita ſit neceſſaria talis renuntiatio, ſicuti eſt ne-

13

Mater, & Auia debent etiã renuntiare Senatus Conſulto Velleiano.

14

Diſſidiũ inter DD., an hæc renuntiatio ſit cõtrario vſu abolita.

Articuli examinandi.

necessaria renuntiatio secundis nuptijs, adeout, si omittatur, in totum corruat tutela. Incipiendo iam ab hoc vltimo sit.

Assertio II. Vbi hoc onus renuntiationis Velleiano non sit contraria consuetudine abolitum, eadem ita est necessaria, vt si omittatur, inualida sit susceptio tutelæ, sicuti esset inualida, si omitteretur renuntiatio secundis nuptijs. *Boerius decis. 124. nu. 9. & 10., Ioannes Gutierez de tut. & curat. c. 8. nu. 27., Antonius Gomez in l. 14. Tauri nu. 11. in princip.*

15 Vbi non est abolita, si omittatur, vitiat tutelæ susceptionem.

Rationem ex eo deduco, quia non minus per modum conditionis, & formæ præscribitur in enuntiatis iuribus hæc renuntiatio Velleiano, ac præscribatur renuntiatio secundis nuptijs, quandoquidem vtrumq; simul, & copulatiuè, & expresè præcipitur, & sub eadem verborum forma sine vlla restrictione, ergo vtrumque sub eadem obligatione cadit, adeout, si omissa renuntiatione secundis nuptijs non tenet tutela, nec teneat omissa renuntiatione Velleiano.

Eodem modo præscribitur hæc renuntiatio, ac renuntiatio secundis nuptijs.

Assertio III. Hæc renuntiatio Velleiano, vbi non fuerit contraria consuetudine abrogata, debet esse in expressa, specifica, & indiuidua forma, nec sufficienter comprehenditur quoad hunc effectum sub generali renuntiatione cuicunque beneficio. *Salicetus in d. auth. matri, & auiæ n. 16. C. quando mul. tut. offic., Ioannes Gutierez de tut. & curat. d. c. 8. nu. 31.* aduersus *Bartolum in l. si quis sub conditione n. 21. ff. de testamentaria tut., Alexandrum cons. 146. n. 3. vol. 7.* volentes sufficere generalem renuntiationem cuicunque beneficio.

16 Hæc renuntiatio debet esse expressa, specifica, & indiuidua.

Non videtur hæc assertio pati aliquam difficultatem suppositis præmissis, quod æquè hæc renuntiatio præscribatur per modum conditionis, & formæ, ac præscribatur renuntiatio secundis nuptijs, & quidem verbis specialibus, non sub generali clausula. Solum euertenda hic remanet ratio, quam pro sua opinione ponderant *Bartolus, & Alexander loc. cit.* nempe, quod Velleianum est beneficium fœminis, seu priuilegium, non sic facultas transeundi ad secunda vota, cum hæc sit omnibus indefinitè concessa, adeoque non sit, cur illud non possit, & debeat cadere sub generali renuntiatione cuicunque beneficio, non sic ista; & per consequens hæc debet fieri sub speciali, & indiuidua forma, non sic renuntiatio illius. Facili negotio dilui potest hæc ponderatio, si attentè consideretur forma, sub qua in enuntiatis iuribus præscribitur hæc renuntiatio; prius enim speciatim imponitur onus renuntiandi secundis nuptijs, & sub eodem modo, & eisdem verbis onus renuntiandi Velleiano, & postea per clausulam generalem præcipitur generica renuntiatio omni beneficio; ex quibus colligitur, quod in ordine ad Velleianum iura intendant specialem renuntiationem, cum illud distinguant à generica renuntiatione aliorum priuilegiorum, & constituant sub eadem forma, quæ specialis esse debet iuxta prædicta, sub qua constituunt renuntiationem secundis nuptijs. Quamuis igitur Velleianum respectu mulierum propriè sit beneficium, & priuilegium, non sic facultas transeundi ad secunda vota, adeoque ex genere suo illud veniat sub generali clausula beneficij, seu priuilegij, non sic ista; quia tamen quoad effectum, de quo loquimur, tanquam specialis forma præscribitur renuntiatio Velleiano eo modo, quo præscribitur renuntiatio secundis nuptijs, hæc specificè requiritur, non obstante, quod cæteroqui venire posset sub generali clausula priuilegij.

Probatio asserti, & confutatio contrariorũ.

Assertio IV. Hæc renuntiatio Velleiano, sicuti, & secundis nuptijs, facienda est per vxorem viduam volentem ex vi iurium sibi competentium assumere tutelam filiorum in eodem contextu, quo tutelam assumit, nec ante, nec post ex interuallo *Boerius decis. 124. num. 9. & 10., Bacca de decim. tut. c. 4. n. 49., Antonius Piaggius de tut. & curat. q. 7. n. 39., Ioannes Gutierez de tut. & curat. c. 8. n. 29.*

17 Hæc renuntiatio debet fieri eodem contextu, quo suscipitur tutela.

Pro hac opinione adducit *Boerius loc. cit. textum, glosam in c. vt circa in verb. præstito de elect. in sexto*, vbi, cum ex dispositione Pontificis in materia appellationis circa electionem in beneficijs requiratur iuramentum, dicitur, quod tale iuramentum præstandum est in ipso actu appellationis, nec sufficit, si ponatur ante, vel post, & hoc non alia ratione, nisi quia illud iuramentum præscribitur tanquam forma, seu conditio, ergo, cum etiam in assumptione tutelæ requiratur renuntiatio secundis nuptijs, & Velleiano tanquam forma, & conditio, hæc præstanda erit in ipso actu assumptionis, nec sufficit, si ponatur ante, vel post; & re vera cum forma sit, quæ dat esse rei, non potest poni talis res, nisi simul ponatur forma, per quam constituitur, & sic nec valida assumptio tutelæ, nisi ponatur simul huiusmodi renuntiatio, quæ interuenit tanquam forma.

Præscribitur tanquam forma.

Hic solum oriri potest difficultas, an, si vxor assumens filiorum tutelam in eodem actu assumptionis non renuntiauerit

uerit

uerit secundis nuptijs, & Velleiano intelligatur simplicitèr exclusa a tutela, ita vt aperiatur ipso iure locus alijs legitimis sine spe eiusdem vxoris, quæ non renuntiauit, regressus ad eandem, an verò, quando adhuc alij tutores legitimi non fuerunt admissi, possit eadem vxor iterum assumere tutelam, & in eodem actu renuntiare, & sic firmari in eadem, & excludere alios legitimos, qui cæteroqui venirent ad eandem? Arbitror, quod re adhuc integra, hoc est, si adhuc non fuerint alij tutores legitimi admissi, possit mulier iterum tutelam assumere facta in eodem actu renuntiatione secundis nuptijs, & Velleiano. Rationem ex eo deduco, quia in iuribus disponentibus, quod in actu, qui Mater, vel Auia assumunt tutelam filiorum,
18 vel respectiuè nepotum debeant renuntiare secundis nuptijs, & Velleiano, non cauetur, quod, si non renuntiauerint, reddantur inhabiles ad ipsam assumendam, sed tantum, quod talis assumptio sit inualida, si non sit communita tali renuntiatione, ergo re adhuc integra, hoc est non admissis alijs tutoribus integrum erit eidem Matri, vel Auiæ seruatis in hoc genere seruandis iterum assumere; non enim tunc assumptio, quæ erat inualida redditur valida, sed noua ponitur assumptio cum omnibus conditionibus ad hoc requisitis, quæ propterea non potest esse, nisi valida, ea proportionali ratione, qua, si contraheretur matrimonium cum aliquo substantiali defectu, esset inualidum, sed si appositis apponendis denuò contraheretur, vtique esset validum.

Si tamen re adhuc integra iterum assumeret cum tali renũtiatione probabilius teneret tutela.

Assertio V. Vltra renuntiationem secundis nuptijs, & Velleiano tenentur
19 Mater, & Auia renuntiare omni alij legum auxilio *Bartolus in l. si quis sub conditione nu. 10. ff. de testam. tut., Salicetus in auth Matri, & Auia q. 15. C. quando mul. tut. offic., Alexander cons. 32. In causa executionis vers. secundo principaliter moueor vol. 4., Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 8. nu. 32.*

Debent etiam renuntiare cuicunque legũ auxilio.

Expressè deducitur ex textu *in l. fin. C. quando mulier tut. offic.* Ibi- *Et renuntiet Senatus Consult. Velleiani præsidio, omnique alij legitimo auxilio.* Hoc idem habetur *in auth. vt sine prohibitione in §. quia verò* Ibi- *& abrenuntiare eas, & Velleiano Senatus Consulto, & omni auxilio.*

Circa hanc assertionem plures insurgunt rationes disputandi, & primo, an hæc renuntiatio generalis ita sit necessaria ad validam tutelæ assumptionem, sicuti est necessaria renuntiatio specialis secundis nuptijs, & Velleiano, adeout, si omittatur, irritetur assumptum? secundo ad quænam potissimum extendatur hæc renuntiatio? tertio ad quid specialitèr inseruiat? quarto, an per hanc renuntiationem mater, vel auia renuntians priuetur etiam iuribus, & priuilegijs personalibus sexui concessis? & alia huiusmodi.

Articuli examinandi circa hanc assertioné.

In ordine ad primam sentiendum arbitror, ita esse necessariam renuntiationem generalem omni legis auxilio, vt si omittatur, vitietur tutela assumpta. 20
Bartolus in d. l. si quis sub conditione n. 10. ff. de testament. tut., Gregorius Lopez in l. 4. tit. 16. part. 6. in glosa La defension vers. an autem ibi ista tamen lex, nec videtur dissentiri *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. art. 8. n. 32.*, dum refert opinionem Bartoli, & aliorum, nec eidem resistat. Rationem ex eo deduco, quia non minus præscribitur hæc generalis renuntiatio in allegatis iuribus tanquam forma, & conditio, ac præscribatur specialis secundis nuptijs, & Velleiano, & hoc solum interuenit discrimen inter vtramque, quod hæc fieri debet specialitèr, & in indiuiduo, illa autem sufficit, quod fiat in genere, ergo, sicuti deficiente speciali renuntiatione secundis nuptijs, & Velleiano non tenet tutela per superius allegata, ita deficiente generali omni iuris auxilio, non tenebit. Quod, si dicas, quod cum renuntiatio secundis nuptijs, & Velleiano requiratur a iure sub speciali, & indiuidua forma, & expressione, generalis verò non nisi in genere, non videatur hęc sub pręciso onere nullitatis præscribi, sicuti illa præscribitur; ad quid enim vnam specialiter præscribere, alteram non nisi in genere, si vtraque sub eodem onere caderet? Statim impugnaberis, nam specialis illa expressio quoad renuntiationem secundis nuptijs, & Velleiano, non ideo inducta est, vt ipsa ingerat specialem obligationem, & sub diuerso onere ab ea, quam inducit generalis renuntiatio omni legis auxilio, sed ideo, quia, cum quoad secundas nuptias fæmina sit pronior, nec alio iure vetetur ab illis contrahendis, iura prospicientia indemnitati pupillorum voluerunt, vt illis fieret renuntiatio specialis, si vellet fæmina tutelam assumere; quoad renuntiationem vero Velleiano hanc specialiter iura præscripserunt, quia est specialis fauor sexus muliebris, quem non voluerunt officere eorundem pupillorum incolumitati, præcipuè cum in suis actionibus fæminæ plurimum deferant eidem Senatus Consulto Velleiano. Cæterum, cum alia etiam legum

Et si non renuntiente non tenet tutelæ assumptio;

Rationes pro tali inualiditare, & rationes contrarię dissolutę.

auxi-

auxilia possint non parum obesse pupillis in administratione booorum ipsorum per matres sine renuntiatione eisdem, & cum sub eadem clausula, & forma præscribatur eadem reountiatio generalis, qua statuitur specialis, non est, cur &c.

In ordine ad secundam sub generali renuntiatione venit primo renuntiatio priuilegio electionis fori, quod compe-

21 Venit renuntiatio electionis fori.

tit vxoribus viduis ex vi textus *in l. vnica C. quando imperator*, adeout non possit ioterponere declioatoriam, sed possit conueniri coram Iudice ordinario, & coram eodem sistere, quod non solum ex eo euincitur, quod, cum causa versetur inter viduam, & pupillos, qui sunt çquè priuilegiati, priuilegia eorum adinuicem conquassentur, sed etiam ex eo, quod, cum fæmina renuntiauerit omni iuris auxilio, çteroqui sibi competenti, iotelligitur etiam huic priuilegio renuntiasse; atque hoc potest plurimum conferre ad pupillorum commodum, cum facilius penes Iudicem ordinarium possint eam conuenire, & commodius in causa coocludere. Secundo sub ea-

22 Item renuntiatio beneficij excussionis.

dem generali clausula venit *secundum Alexandrum cons. 32. in causa executionis vers. secundo principalitèr moueor vol. 4.* renuntiatio beneficij excussionis; cum etenim tutela sit quædam species intercessionis, vt notaut *Bartolus in d. auth. matri, & auia n. 12. C. quando mul. tut. offic.*, *& Montanus de tut. & curat. c. 15. num. 59.* prius secundum naturam fideiussionis esset escutiendus principalis, quam ipsa tutris, & per hoc *ex vi d. l. fin. C. quando mul. tut. offic.* debet etiam huic beueficio renuntiare. Tertio venie renuntiatio

23 Item renuntiatio prælationi quoad suam dotem.

iuris prælationis quoad suam dotem in concursu pupillorum pro eorum interesse, quod vsor assumens eorum tutelam debet administrare; & licet dicatur, quod in hoc fæminæ sint maximè priuilegiatæ ob beueficium publicum, ne indotatę remaneant, prout nos quoque in præcedentibus voluminibus latè commendauimus; in concursu tamen cum pupillis hoc priuilegium non videtur militare, prout latissimè probat *Pedrazza in suo theatro viduili disq. 27. ferè per totum*, præcipuè, cum priuilegium pupillorum sit naturale, illud vero viduarum accidentale *Scaccia in suo tract. de appellat. q. 7. sub n. 128. vers. sub restringe primo Laraut. in comment. super rit. mag. curiæ in ritu 23. sub nu. 11. vers. quotiescumque concurrunt in simul. Afflictus in constit. Neapol. lib. 1 rub. 37. in constitut. statuimus sub n. 35. vers. duodecimo quaro, Coaruuias pract. qq. c. 7. sub n. 4. vers. primus enim casus*, priuilegium autem naturale potentius est accidentali *Vulpianus Iurisconsultus in l. qui habent 3. ff. de tutel.* Quarto alij asserunt sub generali illa renuntiatione venire etiam reountiationè priuilegio, ne cōueniri possit, vltra quam commodè potest, sed de hoc infra videbitur in resolutione quartæ difficultatis.

24 Item secundum aliquos, ne conueniri possit, vltra quā cōmodè potest.

In ordine ad tertiam, quę potissimum procedit in ordine ad renuntiationem Velleiano, hoc vnum sciēdum est, quod Velleianum præcipuè disponit, quod fæminæ nequeant pro alijs accedere tanquam fideiussores, neque validè obligari; cum igitur in assumptione tutelæ ipsæ noo fideiubeant, videtur ad hnoc effectum impertineos, & incongrua hæc renuntiatio. Ad quid igitur onus talis renuntiationis *in d. l. fin. C. quando mul. tutel. off.* impooitur? Glosa *in d. auth. matri, & auiæ in verb. Velleiani C. quando mul. tut. offic.* asserit, quod, quamuis mater, vel auia in assumptiuoe tutelæ pro nemine fideiubeat, sed pro se, *vt in l. si Mater C. ad Velleian.*, quia tamen creditoribus pupilli promitiut, pro pupillo intercedere videatur, adeoque talis renuntiatio ad hoc munus inseruit, quod, si ipsa opponat eisdem creditoribus Velleianum, isti possint excipere de renuotiatione per ipiam facta in assumptione eiusdem tutelæ.

25 Ad quid inseruiat renuntiatio Velleiani.

Io ordioe ad quartaio, quæ potissimum procedit stante statuto, vel aliquo alio iure disponente, quod pro debito ciuili nequeant mulieres incarcerari, in eo consistit, an scilicet stante renuntiatione cuicuoque iuris auxilio mater, vel auia, quæ assumpseruot tutelam filiorum, seu nepotum, pro debito tutelæ vel curæ possint in carcerem trudi? Resolutio præsentis difficultatis in parte ab illa alia dependet, an mulieres possint validè renuntiare priuilegio, ne conueoiri possint pro debitis ciuilibus vltra quam commodè possint, & an in generali renuntiatione veniat renuntiatio huiusmodi priuilegio? Circa quod DD. maximè inter se diffidentes inuenio? Ioannes *Gutierez de tut, & curat. part. 1. c. 8. num. 34.* pleno ore asserit, mulierem non posse huic priuilegio renuntiare per textum *in l. alia §. eleganter ff. solut. matrim.* atque pro hac sua opinione allegat *Bartolum in l. si quis sub conditione nu. 20. ff. de testam. tut.*, quem dicit esse communiter receptum *Gomez in l. 14. Tauri sub num. 11.*, *Farinacium in tract. de carcer. & carcerat. q. 27. num. 65.*, *Caldam Pereiram in repet. l. si curatorem habens, in parte sine curatore constitutus nu. 108. vers.*

cæterum C. de in integ. restit. min.; atque tunc priuilegium asserit competere omnibus ascendentibus, quibus honor, & reuerentia debetur per textum *in l. sunt qui in id cum l. seq. ff. de re indic.*, ex quibus omnibus infert, quod ijs, quibus competit tale priuilegium, competat etiam beneficium, ne trudi possint in carceres per textum *in l. miles, & ibi DD. ff. de re iud.*, atque ad hanc suam opinionem corroborandam innumeros agglomerat DD., & asserit iuxta mentem Farinacij loc. cit. n. 62., quod ab hac opinione tanquam iudicio suo, & æquiori, & honestiori, atque etiam melioribus rationibus fundata minimè in iudicando, & consulendo sit recedendum. Ex aduerso alij, inter quos *Baldus in l. 1. in prima lectura ante finem ff. si quis in ius vocatus non ierit Bartolus, & Salicetus in d. auth. Matri C. quando mul. tut. offic., Romanus in l. si vero §. de viro in secunda princip. fallentia ff. solut. matrim., & in l. plerique, & ibi Alexander col. vlt., Socin. col. 6. vers. secundus casus, & Iason col. vlt. ff. de in ius vocand.*, cum alijs pluribus sentiunt posse renunciari tali beneficio, nam licet hoc priuilegium inductum sit propter honestatem personæ, & sexus, quia tamen hæc renunciatio fieret de conscientia iuris eam admittentis, non esset inanis. Alij inter quos *Decius in l. fœmina n. 74. ff. de reg. iuris, Bartolus in d. auth. Matri n. 13. C. quand. mul. tut. offic. & in l. si quis sub conditione ff. de testament. tut.* asserunt, quod licet Mater tutrix retineat beneficium, ne conueniatur, vltra quam facere potest, tamen pro omni debito contracto ratione tutelæ incarcerari possit non obstante priuilegio mulieribus competente, quod pro ciuili debito capi non possint. Quid iam in hac controuersia concludendum?

26 Sententia asserens Matrem, & Auiam non posse renunciare priuilegio, ne possit conueniri, vltra quã cõmodè potest, & non detrudi in carcerè.

27 Sententia asserens posse renunciare huiusmodi priuilegijs.

Duo, vt videtis, sub hac difficultate veniunt examinanda? Primum, an sub generali renuntiatione, quam mater assumens tutelam filiorum præstat, seu præstare tenetur, veniat validè renuntiatio huic priuilegio? Secundum, an ex suppositione, quod non veniat, sed mater illud adhuc retineat, possit ob debitum tutelæ incarcerari?

In ordine ad primum assero, magis pium esse credere, quod in generali renuntiatione omni legis auxilio facta per Matrem in assumptione tutelæ filiorum non veniat renuntiatio priuilegio, ne conueniatur, vltra quam commodè potest, prout expressè sentit *Bartolus in l. si quis sub conditione num. 20. ff. de testam. tut.* quem in hac parte esse communiter receptum testatur *Matiens. l. 10. glos. 1. n. 4. tit. 3. lib. 5. nouæ collect. Reg. Gomez l. 14. Tauri nu. 11., Farinacius in tract. de carcer. & carcerat. q. 27. n. 63.* atq; hunc etiam esse communiter receptum refert *Caldas Pereira in repet. l. si curatorem habet in parte sine curatore constitutus n. 108. vers. cæterum C. de in integ. restit. min.*; hocque expressè deducitur ex textu *in l. alia §. eleganter ff. solut. matrimon.*, & licet hic textus loquatur præcisè in terminis mariti gaudentis huiusmodi priuilegio, quatenus huic nequeat renuntiare; extenditur tamen ad omnes ascendentes, quibus debetur honor, & reuerentia, vt probat *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 8. n. 35.* per textum *in l. sunt qui in id cum l. seq. ff. de re iud.*, & ratio in eo fundatur, quia nimis asperum, & durum videtur, quinimmo contra honestatem, & bona mores, vt eos, quibus honorem, & reuerentiam debemus, rigide coarctemus ad ea, quæ præstare nequeunt sine magno propriæ vitæ, & pertinentium ad eam discrimine; Neque obesse potest id, quod notat *Baldus in l. 1. in prima lectura ante finem ff. si quis in ius vocatus non ierit*, quod licet talis renuntiatio videatur esse contra honestatem, quia tamen fit cum conscientia legis eam admittentis, honestè, & validè fiat; Non, inquam, obesse potest; quia nullibi reperitur dispositum per leges, quod fiat specialis hæc renuntiatio in assumptione tutelæ, seu quod in renuntiatione generali omni legis auxilio intelligatur venire etiam renũtiatio huic determinato priuilegio, cum quoad hoc sit specialis exceptiu *in d. l. alia §. eleganter ff. solut. matrim.*, quæ, cum disponat, non posse expresse, & specialitèr fieri de hoc renuntiationem, videtur a fortiori inducere, quod in generali renuntiatione hæc non veniat, nec possit venire.

28 Probabilius est, quod in generali renuntiatione non veniat priuilegiũ, ne conueniri possit, vltra quam cõmodè potest.

Rationes pro asserto.

Exciperem tamen in casu, quo debitum pro tutela respectu Matris resultaret ex dolosa manifestè administratione, quia per talem dolosam administrationem constituitur rea delicti, & contra eandem potest criminaliter procedi, nec obstare potest textus *in d. l. alia §. eleganter ff. solut. matrimon.*, quia illa procedit tantum quoad debitum ciuile. Hanc quoque exceptionem videntur admittere *Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. Mater n. 7 vers. quod immo*, dum referens *Couaruuiam var. resol. lib. 2. c. 1. n. 3.*, & *Menochium de arbitrar. q. 88. n. 12.* volentes matrem pro tutelari debito non posse carcerari, subdit, *maximè cessante dolo manifesto*, per quas particulas exceptiuas videtur

29 Excipe nisi essent debitrices ex dolosa administratione.

innue-

innuere, quod concurrente dolo manifesto possit capi, &, licet hæc particula, *maximè*, sit de sui propria natura implicatiua, & implicet casum magis dubitabilem per textum *in l. pro barede §. si quid tamen ff. de acquir. possess.*, & habeat vim augmentandi, & non minuendi, sitque comparatiuè includendo casum magis dubitabilem, impliceтq; idem esse in casu contrario, licet in illo fortior militet ratio per textum *in l. 1. §. vel maximè ff. de collat. bon. & in l. scire oportet §. & si maximè ff. de excus. tut.*; in hac tamen speciali hypothesi videtur sumi taxatiuè, prout quandoque ita sumi posse docent *Glosa in c. cum contingat in verb. maximè de for. compet.*, *Alexander cons. 116. Incip. animaduersis num. 16. vers. nec etiam absurdum lib. 2.*, quia nimis aperiretur via fraudibus aduersus miseros infantes, si dolis aditus in administratione bonorum eorundem non præcluderetur etiam per pænas personales carcerationis, & similium.

In ordine ad secundum, quidquid ex aduerso dixerint *Decius in l. fæminæ nu. 74. ff. de reg. iuris post Bartolum in d. auth. Matri num. 13. C. quando mul. tut. offic. & in l. si quis sub conditione ff. de testam. tut.* volentes, quod etiam, si Mater retineat beneficium, ne conueniatur vltra quam facere potest, tamen pro debito tutelæ

30 Nec possunt incarcerari pro debito tutelari.

possit incarcerari; Quidquid, inquam, dixerint, probabilius arbitror non posse incarcerari pro huiusmodi debito tutelari, prout sustinent *Couaruuias var. resol. lib. 2. c. 1. n. 3.*, *Socinus in l. plerique n. 40. ff. de in ius voc. Præpositus in c. ex parte M. nu. 11 de appellat.*, *Petrus Placa in epitome delict. c. 34 num. 12.*, *Menchacha de succes. creat. §. 22. limit. 18 num. 82.*, *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 8. nu. 36.* ex regula supraposita, quod indecorum est, quod ijs, quibus honorem, & obsequium præstare debemus, iniuriam carcerationis inferamus, &, cum in renuntiatione generali omni legis auxilio iuxta superius dicta non veniat renuntiatio beneficij, quo mater gaudet, ne conueniatur, vltra quam commodè potest, excipienti de tali renuntiatione potest vxor opponere de non extensione renuntiationis ad hoc beneficium, cum eidem renuntiare non potuerit. Exciperem tamen in casu, quo constaret ma-

31 Nisi constaret de dolosa administratione.

nifestè de dolosa administratione eiusdem vxoris in bonis pupillorum, quia tale beneficium extenditur dumtaxat in ordine ad debita ciuilia, prout *in d. l. alia §. eleganter ff. solut. matrim.* non autem ad debita, quæ procedunt ex dolo, pro quibus criminaliter potest agi, nec dolus potest patrocinari suo auctori.

Assertio VI. Vltra prædictas renuntiationes tenetur mater suscipiens tute- 32 Mater, & Auia suscipientes tutelam tenentur sua bona expressæ hypothecæ subijcere.
lam filiorum, idem dic de Auia suscipiente tutelam nepotum, sua bona expressæ hypothecæ subijcere *Bartolus in d. l. si quis sub conditione num. 22. ff. de testam. tut.*, *Salicetus in auth. Matri, & Auia C. quando mul. tut. off.*, *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 8. num. 37.*, *Capicius decis. 50.*, *Boerius decis. 23. n. 10.*, *Montanus de tut. & curat. c. 15. num 69. & 70.*

Expressè deducitur ex textu *in l. fin. C. quando mul. tut. offic.* Ibi- *suamque substantiam supponat, & in auth. vt sine prohibitione §. quia vero* Ibi- *& obligantibus res suas*. Si autem hic quæratur, cur inducta sit hæc obligatio hypothecæ expressæ, cum pro administratione tutelę subsit hypotheca tacita, & legalis per textū *in l. pro officio ff. de administ. tut.* præsertim, cum eadem sit vis taciti, & expressi, quod etiam verificatur quoad hypothecas *Dinus in reg. qui prior ff. de reg. iur.*, *Bartolus in l. si is qui ff. de iure fisci latè Negusantius de pign. in quarto memb. secunda* 33 Et hæc hypotheca expressa plura præstat supra tacitam,
part. num. 1. & n. 166.? Dicam breuiter, ideo fuisse inductam, quia in pluribus prodest hypotheca expressa supra tacitam, quod hypotheca tacita pro dote licet præferatur quibusque tacitis anterioribus, nō tamen præfertur anterioribus expressis, & sic hæc hypotheca expressa pro eo prodest, quod, si eadem Mater posterius obligaretur pro dote, habens ius ad eandem dotem non præferretur hypothecæ expressæ pupillorum in bonis maternis pro administratione bonorum eorundem.

Si verò inquiratur, an, si mater suscipiens tutelam pupillorum suorū omitteret præstare hypothecam expressam inualidaretur eadem tutelę susceptio, eo modo, quo dictum fuit in præcedentibus inualidari per non renuntiationem secundis nuptijs, Velleiano, & omni alij legum auxilio? Ioannes *Gutierez de tut.* 34 Si omittatur hæc hypotheca expressa vitiatur tutelæ susceptio.
& curat. part. 1. c. 8. num. 37. vers. ego vero censeo, sentit per omissionem eiusdem expressæ hypothecæ non vitiari susceptionem tutelæ, cum sufficiat tacita hypotheca per id, quod disponitur *in d. l. pro officio ff. de administ. tut.* Ex quo tamen Iustinianus Imperator non ignarus talis tacitæ hypothecæ induxit etiam obligationem expressæ *in d. l. fin. C. quando mulier tut. offic. & in auth. vt sine prohibitione §. quia vero*, & quidem non quomodocunque, sed sub conditione, arbitrarer talem hypothecam expressam ita necessariam esse, vt ea omissa inualidetur susceptio, prout signanter etiam

L 2 do-

docent *Bartolus in d. auth. Matri num.* 15. *C.quando mul.tut. offic.*, quem alij etiam sequuutur, vt testatur *Montanus de tut.& curat.c.15.n.7.* Rationem ex eo deduco, quia in allegatis iuribus *in d.l.fin.& in auth. vt sine prohibitione* sub eisdem terminis, & modo præcipitur hæc hypotheca expressa, sub quibus, seu quo præcipitur renuntiatio secūdis nuptijs, & Velleiano; Quod, si Gutierez videatur in hoc dissentire, est, quia supponit eosdē omninò effectus parere hypothecā tacitam, quos parit expressa, vnde ipse loco cit. subdit, quod, si daretur casus, in quo magis prodesset hypotheca expressa supra tacitam, vtique per omissionem expressæ inualidaretur tutelæ datio, & susceptio, quod antea probauerat *Gregorius Lopez in l.4. in glos. Quæ non casum ad fin. vers. aduerte etiam tit. 16. part.6.* Si igitur iuxta mox dicta, & ea, quæ dicit *Montanus d.c.15.nu.70.* multi sunt effectus expressæ hypothecæ supra tacitam maximè in casu *l. assiduis C. qui potior. in pign.hab.* non video, cur non sit simpliciter necessaria stante dispositione præallegatorum iurium hæc expressa hypotheca.

Assertio VII. Ad hoc vt mater possit tutelam administrare filiorum non
35 præerequiritur Iudicis decretum. Consentiunt in hoc *Phylippus Corneus cons. 164 in princip. lib.4. Glosa in auth. Matri, & Auia C. quando mulier tut.offic.*, *Bartolus in l. si quis sub conditione ff. de testam. tut.*, *Montanus de tut. & curat.c.32.reg.1. nu.6.*, *Rota Romana part.18. recent. decis. 253.nu.3.& seqq.*, *Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. Mater n.5. vers. quod possit assumere tutelam.*

Ad validam administrationem tutelæ in Matre, & Auia non præerequiritur Iudicis decretū.

Ratio ex eo deducitur, quia ipso iure matri volenti defertur filiorum tutela, & in hoc secernitur Mater à regula generali *in l.fin. verbo publica C.de arbit.tut.*, quæ quidem dictio *publica* Iudicis decretum præsupponit per textum *in l.fin. ff. vt in possess. leg.*, *Baldus in l. Orphanatrophos C.de Epis. & Cler. & in l. facultas C. de iure fisci lib.10.*, secundum quam regulam requiritur nedum Iudicis decretum quomodocunque, sed etiam vt per eandem decernatur administratio tutelæ; secernitur, inquam, quia in ordine ad Matrem iura specialiter statuunt Matrem priuatiuè quoad alios; Neque obesse potest, quod eadem iura disponant, quod, antequam mater tutelam suscipiat, debeat coram Iudice renuntiare Velleiano, cæterisque legum ausilijs; Non, inquam, obesse potest, quia talis renuntiatio est conditio requisita ex parte mulieris, & debet fieri coram Iudice vel in actis, quia de illa constare debet; ex hoc tamen non infertur, quod posita illa renuntiatione debeat Iudicis decretum interuenire, seu subsequi, cum posita eadem ipso iure tutela Matri deferatur, nec sit in arbitrio Iudicis illam diiudicare, vel non diiudicare. Quod, si supponas, dubium versari de idoneitate Matris; tunc dicerem, requiri quidem decretum Iudicis super idoneitate Matris, non supra administrationem illa supposita, seu declaratione eiusdem.

Rationes pro hoc asserto.

Assertio VIII. Mater ante susceptionem tutelæ satisdare tenetur, rem pupilli, seu adulti saluam fore *Montanus de tut.& curat.c.32.reg.7.n.22.*, *Gratianus discept. for. tom.1.c.28. n 44.*, *Caualcanus de tut. in princip. n.24.*, *Muca super consuetud. Panormit.c.50. num. 69.* 36

Mater, & Auia ante susceptionem tutelæ satisdare tenentur.

Expressè colligitur ex nouella *Iustiniani Imperatoris constitut. 87. Incipient. Si mater marito suo defuncto.* Ibi *Hoc autem obseruare procuret tàm præfectus vrbis, quàm Prætor, & in Prouincijs Præsides, vt diligenter inuentaria conscribantur, & satisdationes idoneæ exigantur, vt res salua pupilli fiat*, & ratio ex eo deduci posse videtur, quia licet iura Matres, & Auias præferant alijs tutoribus legitimis, easque admittant etiam sine Iudicis decreto attenta conditione Matris, & præsumpto vehementi amore eiusdem erga proprios liberos; ex quo tamen norunt, fragilitatem sexus, & debilitatem iudicij, propter quæ cæteras fæminas excludunt a tutela, voluerunt magis firmare substantiam pupillorum, ne ex earum imbecillitate periclitaretur, sicque statuerunt, vt satisdationis munimine eam vallarent. Quod, si dicas, quod iura sufficientèr indemnitati pupillorum in susceptione tutelæ quoad matres consuluerunt per allegata iura *in l. fin. C. quando mul.tut. offic. & in auth. vt sine prohibitione §.quia vero*, per quæ obligant matres ad expressè supponendas res suas hypothecæ pro administratione eiusdem tutelæ; vnde arduum videtur, & nimis durum, quod vltra talem obligationem expressam simul subijciantur oneri satisdationis pro eadem, cum eas, quas singulari donant beneficio præferendo alijs legitimis tutoribus, duriori onere prægrauarent; Statim impugnaberis, quia, cum iura potissimum considerent commodum, & indemnitatem pupillorum, licet voluerint speciali priuilegio matrem honorare; attenta tamen eiusdem sexus fragilitate, & iudicij imbecillitate præsumpta in fæmina, ex qua pupillis damna timeri possunt,

Rationes pro asserto.

Nec obstare potest illa hypotheca expressa.

con-

congruum valde fuit, vt fortius munimen apponerent, & quod deficit in matre ratione sexus, supplerent per alias cautiones.

Assertio IX. Mater transiens ad secunda vota ipso iure priuatur tutela filiorum prioris matrimonij *Sanchez de matrimon. lib. 7. disp. 88. n. 4., Ioannes Angelus Bossius de matrimon. contract. c. 11. nu. 268., Fontanella de pact. nupt. claus. 5. glos. 8. p. 11. n. 8., Corneus cons. 113. nu. 6. lib. 4., Decius c. ex parte n. 2. de appel., Ascanius de patria potest. c. 4. n. 34., Garronis auth. eisdem pœnis in nona adit. n. 26. C. de secundis nupt.*, & nos ipsi docuimus *tom. 7. sub tit. Contractus XV. de matrim. 4. prænot. 6. num. 1. & seqq.*

37 Mater transiens ad secunda vota ipso iure priuatur tutela filiorum primi matrimonij.

Non solum deducitur *ex auth. vt sine prohibitione vers. propterea igitur col. 7. & l. fin. & auth. Sacramentum C. quando mul. tut. offic.*, sed etiam *ex l. lex quæ tutores §. lex enim C. de administ. tut.*, vbi Iustinianus Imperator adducit rationem, quia scilicet immoderatæ fœminæ plerumq; nouis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicunt, prout etiam notarunt *Paulus Parisiensis cons. 56. nu. 3. lib. 1., Aimon c. 18. nu. 2., Paulus Montanus de tut. & curat. c. 15. n. 74.*

Solum aliqua difficultas potest esse in eo, quod diximus *ipso iure priuatur*, quod videtur aduersari textui *in d. l. fin. & auth. Sacramentum C. quando mul. tut. offic*, vbi innuitur, quod mulier secundo nubens sit expellenda, quod importat Iudicis decretum, seu sententiam, non quod intelligatur expulsa; Sed hæc consideratio ab huiusmodi textibus desumpta non potest obsistere, nam vt benè notat *Sanchez de matrimonio lib. 7. disp. 88. n. 10.* illa verba *contractis nuptijs ipsam expelli conuenit* intelligenda sunt de expulsione facti, quatenus, si nolit recedere, seu tutelam deserere, sit Iudicis ministerio expellenda, cum ipso iure ceciderit. Cæterum, quod ipso iure priuetur pluribus rationibus euincit idem *Sanchez loc. quo supra* adducto precipuè textu *in c. ex parte M. de appel.* vbi sic legitur, *& prædicti filij eius sub potestate, & tutela ipsius minimè permanerent, cum iam ad secundas nuptias transijsset*, vbi cum supponantur filij desijsse esse sub potestate, & tutela Matris, eo quod illa secunda vota inierit, manifestè deducitur, quod per transitum ad secundas nuptias ipso iure tutela esset; ea etenim est vis illius particulæ *eo ipso*, vt nullitatem actus ipso iure inducat *Tiraquel in l. si vnquam, verb. reuertatur n. 18. C. de reuoc. donat., Rota Romana in vna Veronensi petitionis 1. Iulij 1592. coram Card. Mellino*, & importat latam sententiam *Glosa in c. cum peti in verb. eo ipso, & verb. euacuaneris de elect. in sexto, Salas de legib. q. 96. tract. 14. disp. 16. sect. 8. post nu. 27. vers. propria verba sunt*, & idem significat, ac si diceretur sine aliquo hominis, seu Iudicis ministerio *Abbas in c. si diligenti num. 8. de for. compet., Felinus in c. Rodulphus vers. vltimo non obstat de rescript.*

Rationes suadentes ipso iure priuari, & solutiones contrariorũ.

Ex occasione inquirunt hic DD., an Pater transiens ad secunda vota amittat tutelam filiorum prioris matrimonij? In hoc quæsito non immoror, quandoquidem de eodem egi *d. tom. 7. sub tit. Contractus XV. de matrimon. 4. prænot. 6. num. 2.*, & ad ibi acta Lectorem remitto, ne repetam, quæ iam dicta sunt.

Ea, quæ dicta sunt de vxore transeunte ad secunda vota, quod scilicet ipso iure amittat tutelam filiorum prioris matrimonij, æquè intelligenda sunt de eadem in ordine ad curationem eorundem filiorum, si egressi fuerint limites impubertatis, prout docent *Sanchez de matrim. d. lib. 7. disp. 88. n. 11., Ioannes Angelus Bossius de matrim. contractu c. 11. num. 268.* militante eadem ratione, quæ militat quoad tutelam, quod scilicet vigeat maxima præsumptio, quod fœmina sic secundo nubens alijs nuptijs distracta negligat filiorum præcedentis matrimonij curam, eorumque bona in commodum posterioris matrimonij cum illorum iactura disperdat.

38 Non solum per transitũ ad secunda vota amittit tutelam, sed etiam curam filiorum.

Assertio X. *Per sola sponsalia contracta post obitum secundi mariti Mater ipso iure non amittit tutelam filiorum.* Consonat cum ijs, quæ docuimus *tom. 7. sub tit. Contractus XV. de matrimon. 4. prænot. 6. n. 4. vers. ad primam*, & consentiunt *Speculator tit. de tutor. §. nunc dicendum num. 4., Menochius de arbitr. lib. 2. c. 151. num. 7., Gutierez de tut. part. 1. c. 9. num. 2., Ruinus cons. 87. nu. 3. vol. 5., Antonius Piagius de tut. & curat. q. vlt. nu. 29.*

39 Per sola sponsalia non amittit ipsõ iure tutelam filiorum.

Rationem ex eo deduco, vltra eas quas adduxi loc. cit., quia textus *in d. auth. Sacramentum C. quando muli. tut. offic.* apponit conditionem contractarum nuptiarum ad excludendam Matrem à tutela filiorum Ibi- *Contractis secundis nuptijs expelli eam à tutela conuenit*, vbi nota illam particulam *contractis secundis nuptijs*, quæ importat ablatiuum absolutum, qui ex genere suo inuoluit conditionem per textum *in l. à testatore ff. de condit. & demonst.*, dispositio autem sub conditione concepta non sortitur effectum, nisi eadem conditione purificata; non intelligitur autem purificata conditio nuptiarum contractarum per sola sponsalia nudè sumpta.

Neque

Neque obesse possunt ea, quæ in præcedentibus dicebamus, quod Mater scilicet in assumptione tutelæ teneatur renuntiare secundis nuptijs, & si non renuntiauerit, non sit tanquam suspecta admittenda ad eandem tutelam; ex quo aduersus ea, quæ dicuntur in hac assertione, potest sic efformari argumentum. Ideo ab initio denegatur tutela Matri, quæ non renuntiat secundis nuptijs, quia præsumitur, quod habeat animum secundo nubendi, eo autem ipso, quo adest animus secundo nubendi incipit

40 Soluuntur argumenta cõtraria.

esse suspecta, prout notat *Bartolus in auth. Sacramentum n. 3. C. quando mul. tut. offic., Angelus in §. actionum num. 41. Instit. de act.*; Cum igitur per sponsalia contracta satis indicarit animum secundo nubendi, non est, cur non sit ab eadem tutela expellenda. Adde, quod, si Mater adiret Iudicem significans, se velle nuptias contrahere, & tutorem filijs peteret, secundum multorum opinionum perderet tutelam, eo quia ex tunc inciperet esse suspecta *Bartolus in l. si quis sub conditione num. 28. ff. de testam. tut., Silua nuptialis lib. 2. verb. vidua non est nubendum nu. 50., Decius in c. ex parte M. in noua editione num. 29. & 30. de appellat.*, ergo etiam &c. Non, inquam, obesse possunt; Non primum, quia ad susceptionem tutelæ requiritur tanquam conditio renuntiatio secundis nuptijs, quæ, si non apponatur, inualida erit susceptio defectu formæ requisitæ; in ordine autem ad amissionem eiusdem, postquam acquisita est, non præscribitur tanquam forma solus animus, seu intentio manifestata transeundi ad secundas nuptias, sed actuales nuptiæ contractæ vt *in d. auth. Sacramentum* Ibi- *Contractis secundis nuptijs*; vnde in hoc currit regula, quod facilius quispiam impediatur habere, quam rem habitam retinere per textum *in l. 1. §. casum ff. de post.*, & multa facta tenent, & perseuerant, quæ fieri prohibentur; Non secundum, quia, quidquid dixerint *Bartolus, Decius, & alij supra allegati*, per talem aditionem Iudicis, & petitionem tutoris vxor ipso iure non priuatur tutela, nisi actu talibus secundis nuptijs initis, quia, vt mox dicebamus, ad talem priuationem non sufficit voluntas, & animus nubendi, sed requiritur, quod nuptiæ cum effectu sequantur; vnde quoad hoc Bartolus est communiter reprobatus.

Circa ea, quæ mox dicta sunt, duplex, vel fortè triplex oritur difficultas. Prima, an, sicuti per sponsalia contracta non amittit tutelam filiorum iam acquisitam, ita post eadem sponsalia possit non acquisitam acquirere. Secunda, an, si adiuerit Iudicem significans se velle secundas nuptias contrahere, & petens eisdem filijs tutorem, & Iudex de facto tutorem assignarit, per talem assignationem amittat tutelam, quæ transferatur in assignatarium, & an eandem recuperet, si mutato consilio non nubat? Tertia, an, si vltra sponsalia aliquid aliud præstiterit, ex quo fixus animus eiusdem innotescat fauendi secundo marito de futuro cum morali detrimento filiorum prioris matrimonij, puta, si amplum mandatum dederit pro administrandis bonis ipsorum sine congruis, & debitis cautionibus priuetur tutela.

Nonnullæ difficultates circa prædicta proponuntur.

In ordine ad primam sentiendum est, quod, quamuis per sponsalia contracta præcisè non amittat tutelam filiorum prioris matrimonij iam acquisitam, si tamen ante contracta eadem sponsalia non acquisierit, & post eadem petat admitti ad eandem tutelam non sit admittenda *Speculator in tit. de tutoribus §. nunc dicendum in vers. quod si nondum nu. 3., Salicetus in d. auth. Sacramentum col. penult. vers. quæro, an contractis C. quando mul. tut. offic., Cassanæus in consuetud. Burgund. rub. 6. §. 8. in princip. num. 1., Antonius Piagius de tut. & curat. q. vlt. n. 29.*, vbi asserit, quod sponsalia de futuro cõtracta impediant susceptionem tutelæ *arg. l. oratio ff. de sponsal. & l. si vxor ff. de adult.* Rationem ex ijs deduco, quæ mox dicebamus, quod scilicet solus animus, seu intentio manifestata transeundi ad secundas nuptias, quamuis non inficiat tutelam iam susceptam, impediat tamen suscipiendam; *in d. l. fin. C. quando mul. tut. offic. & in auth. Matri, & Auia eod. tit.*, non secuta renuntiatione secundis nuptijs valide conferri non potest Matri tutela, quia in non positione eiusdem renuntiationis arguitur animus ad easdem nuptias conuolandi, ergo, cum in talibus sponsalibus per Matrem initis manifestè constet de eius animo secundas nuptias contrahendi, non poterit validè eidem conferri tutela.

41 Si mater post contracta sponsalia petat tutelam, est reiiciẽda.

Quid verò sentiendum sit, si contractis sponsalibus petierit admitti ad tutelam filiorum prioris matrimonij, & fuerit exclusa, & deinde antequã alius tutor fuerit assignatus, resilierit à sponsalibus iam contractis, & de nouo petierit admitti, an tunc scilicet sit admittenda? Affirmatiuè respondendum arbitror, quia per talia sponsalia contracta non redditur Mater incapax tutelæ, nec eidem excluditur locus pænitentiæ *Matthæus de Afflictis in constit. Regni Sicilia*

42 Si recesserit à sponsalibus iam contractis, & petierit postea tutelam erit admittẽda.

liæ

lia lib. 3. verb. bonorum num. 10., & in hoc maximè inclinauit *Senatus Neapolitanus secundum eundem Mattheum de Afflictis decis. Neapol. 357. num. 3. & 4.*, ergo, si res fuerit adhuc integra, hoc est alius tutor non fuerit assignatus, habito tali recessu à sponsalibus iam contractis, poterit legitimè petere admitti ad tutelam, & erit admittenda, cum nihil obstet eius admissioni; non sponsalia, cum supponantur reuocata, non effectus consummatus in alio tutore assignato, cum de facto non fuerit assignatus. Confirmatur, quia, si Mater adiuerit Iudicem, significans eidem, se velle contrahere secundas nuptias, & petens filijs tutorem, & deinde pænituerit re adhuc integra, hoc est non assignato alio tutore, adhuc potest non solum retinere tutelã, quã antecedentèr susceperat, sed etiam potest ad illam admitti, prout sustinere videtur *Baldus*, quem refert, & sequitur *Baeca de decim. tut. c. 4. num. 52.*, dum loquens in sententia Bartoli asserit, quod, si Mater fecerit dari liberis alium tutorem, non recuperaret tutelam etiam, si mutato consilio non nuberet, ergo à contrario sensu, si alium tutorem adhuc dari non fecerit, mutato consilio potest recuperare tutelam, seu eam acquirere, prout mox subdo.

Intellige, nisi interim alius tutor datus fuerit.

43 Si alius tutor datus fuerit ad instantiam Matris transiturae ad secundas nuptias non potest mutato consilio eadem Mater recuperare tutelam.

In ordine ad secundam asserendum censeo, quod, si ad instantiam Matris, quæ coram Iudice protestata sit, se velle ad secundas nuptias transire, per eundem Iudicem fuerit alius tutor filijs assignatus, non possit eadem mater mutato consilio nuptiarum recuperare tutelam, & ab eadem expellere tutorem per Iudicem assignatum. In hoc consentit *Baeca loc. mox assignato*, qui etiam asserit *Bartolum in d. l. si quis sub conditione num. 28. ff. de testam. tut.* asserentem mulierem coram Iudice protestantem, se velle ad secundas nuptias conuolare, & petentem filijs alium tutorem, tutelam eorum amittere, intelligendũ esse dumtaxat, quando per Iudicem de facto alius tutor est assignatus, quod etiam explicando Bartolum firmat *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 9. num 3.* Ratio ex eo deducitur, quia per illam aditionem Iudicis, protestationem, & petitionem alterius tutoris, sine aliqua designatione facta per eundem Iudicem intelligitur firmata renuntiatio, & legitimè completa admissio alterius tutoris per ius tutelæ perfectè in ipsum translatum, & per consequens est extinctum ius ad eandem in ipsa muliere implicitè renuntiante; ius autem semel perfectè in vno extinctum, & in altero translatum non amplius reuiuiscit in fauorem illius.

44 Si vltra sponsalia aliquid ex affectu secundi mariti præstiterit pupillis noxium est priuanda.

In ordine ad tertiam dicendum est, quod, si Mater vltra sponsalia secundo contracta actionem aliquam addiderit, per quam ex affectione erga futurum maritum oriri possit damnum pupillis, seu rebus eorum, priuanda est munere tutelæ, quantumuis secundæ nuptiæ contractæ non fuerint. Rationem ex eo deduco, quia finis iurium *in d. auth. Sacramentum, & auth. Matri, & Auia C. quando mul. tut. off. fung. pot.* respicit potissimum indemnitatem eorundem pupillorum, ne scilicet ex affectione matris secundo nubentis bona eorundem pupillorum distrahantur in fauorem secundi mariti; sed hic finis etiam militat, quando eadem mater contractis sponsalibus actionem posuit, ex qua præsumi potest præiudicium filiorum in fauorẽ futuri mariti; hocque potissimum contingeret in casu, quo eadem mater administrationẽ cum plena, & libera conferret eidem secundo marito futuro; per hoc etenim conferret id, propter quod iura prohibent, ne vxor contractis nuptijs retineat tutelam, eo quod timeant, ne secundus maritus administrando bona pupillorum ipsis in eisdem bonis præiudicet, & vxor eidem conniueat, quod maximè etiam viget in collatione administrationis bonorum eorundem maximè suppositis sponsalibus antecedentèr contractis, ergo &c.

45 Per veras nuptias amittit tutelam, quãuis non fuerint consummatæ.

Assertio XI. Mater binnuba contractis nuptijs per verba de præsenti amittit filiorum prioris matrimonij tutelam, quantumuis eædem nuptiæ non fuerint consummatæ *Baldus in l. omnem n. 10. C. de Senat. Consul. Tertul.*, *Alexander de Neuo c. fin. n. 10. de secundis nupt.*, *Antonius Gabriel tom. 3. commun. opin. lib. 3. tit. de secundis nuptijs concl. 9. num. 13.*, *Ioannes Gutierez tit. de tut. & curat. part. 1. c. 9. num. 5.*

Ratio ex eo deducitur, quia textus *in d. auth. Sacramentum, & auth. Matri, & Auiæ C. quando mul. tut. offic.* ad priuandam Matrem binnubam tutela filiorũ prioris matrimonij solum requirunt, quod nuptiæ fuerint contractæ. Ibi *Contractis nuptijs*, sed posito contractu per verba de præsenti seruatis conditionibus a *Sacrosancto Concil. Trident.* statutis *sess. 24. c. 1. de reformat. matrim.* intelliguntur nuptiæ contractæ, quas mutuus cõsensus contrahentium constituit, non copula, ergo &c. hocque satis clarè resultat ex textu *ex l. nuptias ff. de reg. iur.*, *& ibi Phylippus Decius n. 1.*, & ibi allegat etiam textum *in auth. de nuptijs §. nuptias*

itaque

itaque collat. 4. & auth. quibus mod. natur. effic. legitimi §. illud. Accedit, quod sponsus, & sponsa per verba de præsenti re vera vir, & vxor dici possunt, quamuis adhuc non consummauerint per textum *in c. vlt. in fin. de sponſ. duorum, & c. sua de sponsalib.*

Hac eadem ratione euincitur, quod contractis nuptijs per verba de præsenti
46 Etiam si non fuerit traducta ad domum secundi mariti. vxor amittat tutelam filiorum prioris matrimonij, etiam si non secuta fuerit traductio eiusdem vxoris ad domum secundi mariti (quidquid ex aduerso dixerint *Romanus sing. 229. in habes, quod Mater, Silua nuptialis lib. 2. in vers. amplius. t. num. 50.*, vbi asserit ita Mediolani fuisse decisum *Gozadinus conf. 18. nu. 4., Nicolaus de Vbald. de succeſſion. ab intestato part. 2. num. 21. & alij*) eo enim ipso, quod præstitus est consensus per verba de præsenti seruatis omnibus Ecclesiæ conditionibus, verificatur, quod *nuptiæ sint contractæ*, quæ est vnica, & sufficiens conditio requisita a iuribus, propter quam Mater binnuba excluditur a tutela; Neque obstare potest textus *in l. sancimus 2. C. de nuptijs*, vbi facta mentione nuptiarum in quocunque pacto dicitur, quod non aliter conditio est implenda, vel non extenuanda, nisi ipsa
Soluuntur nonnullæ instantiæ cõtrariæ. nuptiarum accedat festiuitas. Ibi *nisi ipsa nuptiarum accedat festiuitas*, præcipua autem inter festiuitates est traductio sponsæ, seu vxoris in domum sponsi, seu mariti, Non, inquam, obstare potest, quia in allegato textu *in l. sancimus* tantum dicitur, quod in quocunque pacto, vbi fit nuptiarum mentio, non sufficiat, quod interuenerit legitima ætas contrahentium, sed vlterius, quod ipse actus, seu consensus nuptiarum secundum debitam formam positus fuerit, in quo consistit illa nuptiarum festiuitas, prout notat *Baldus in d. l. sancimus*; Atque hanc explicationem adhibet *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 9. nu. 15. vers. sed & hanc secundam partem*, ex quibus sequitur, quod, cum per illum consensum actu positum secundum formam iuris habeatur illa festiuitas, non sit necessaria cupula, nec illa traductio.

Assertio XII. Mater amittit tute-
47 Amittit etiam per nuptias inualidas, si fuerint consummatæ. lam filiorum per transitum ad secunda vota, licet hæc fuerint inualida, si tamen fuerint consummata. In hoc consentit *Baldus in c. ex parte M. nu. 20. de appellat.*, & nos etiam docuimus *tom. 7. sub tit. Contractus XV. de matrimon. 4. prænot. 6. num. 6.*

Rationem ex eo deducit *Baldus loc. cit.*, quia, si secus res se haberet, plus pænæ tribueretur castitati, quam luxuriæ, hoc est plus nuptijs, quæ castæ sunt, quam actibus fornicarijs, qui haberentur in illo matrimonio inualido; Non acquiescit huic rationi *Sanchez de matrimon. lib. 7. disp. 88. num. 7.*, qui conside- 48 Sententia Sanchez asserentis non amittere, nisi post Iudicis declarationem.
rans, quod, quando illa amissio tutelæ proueniret ex matrimonio irrito, hoc est ex actu fornicario consurgente ex inualiditate eiusdem, proueniret quodamodo tanquam pæna ex delicto, sicque non oriatur ipso iure, sed requirat sententiam Iudicis ex generali regula, quod pænæ non debeantur ante sententiam Iudicis saltem declaratoriam criminis; immo idem *Sanchez d. lib. 7. disp. 90. n. 11.* asserit, quod, quamuis in lege diceretur pæna incurri absque alia declaratione, adhuc desideraretur declaratio criminis facta per Iudicis sententiam, cum lex intelligenda sit absque declaratione pænæ, non autem criminis (*Couaruuias quarto decretal. secunda part. c. 6. §. 8. n. 10. vers. 3., Azabedo lib. 5. recupil. tit. 11. c 5. n. 1 & ibi Matienzo glos. 1. num. 4.*); atqui ita res non se habet in transitu vxoris ad secundas nuptias, cum nullum interueniat delictum, adeoque illa non ex pæna propriè priuatur tutela, sed ex dispositione iuris in ordine ad vitanda pupillorum prioris matrimonij damna; Ex quibus infert idem Sanchez, quod vxor ex illo matrimonio inualido consummato sit quidem priuanda tutela, non autem intelligatur ipso iure priuata.

Data hac Sanchez explicatione, si mater contraxerit ignoranter, seu cum bona fide matrimonium inualidum, nec ipso iure priuaretur tutela, nec esset per Iudicis sententiam priuanda; non ipso iure, quia per ipsum non sequitur hæc priuatio nisi per nuptias valide cõtractas; non priuanda per Iudicis sententiam, quia nullum ex parte eiusdem Matris interuenit delictum, quod, an affirmandum sit, ex mox dicendis patebit. Hoc vnum certum videtur, quod 49
ideo iura ratione secundarum nuptiarum initarum priuant Matrem ipso iu- Sententia Sanchez reijcitur.
re tutela, quia præsumunt animum eiusdem magis propensum erga secundum maritum, quam erga filios prioris matrimonij, sed hæc eadem ratio præsumptionis militat, quando bona fide contraxit nuptias inualidas, quia, quantum est ex se, voluit illas nuptias indissolubiliter, & sic quantum est ex parte sui satis indicauit animum magis propensum erga eundem secundum maritum putatiuum; Nec obstat, quod defecerit conditio à iure requisita ad talem priuationem, nempe nuptiarum contractarum, cum nuptiæ inualidæ non sint

verè

verè nuptiæ; Non obstat, inquam, quia licet illæ nuptiæ nō essent veræ nuptiæ in re, essent tamen nuptiæ in facto, & in figura, quod iura in illa dispositione respiciūt, & quoad suos effectus illas habent pro validis, quando sunt bona fide contractæ; quod clarè ex illo euincitur, quod, si ex illo matrimonio oriatur proles, hæc in ordine ad successiones habeatur pro legitima per textum *in c. ex tenore, & c. cum inter 1. peruenit, qui filij sint legit.*, *Acosta c. si pater prima part. verb. uxorem num. 2.*, *Matiengo lib. 5. recopitul. tit. 1. rub. glos. 1. num. 116.*, & latè docet *Sanchez de matrimon. lib. 8. c. 34. num. 46.*

50 A fortiori intelligitur priuata, si contraxerit cū scientia inualiditatis.

Quod, si supponas, quod nuptiæ illæ inualidæ fuerint contractæ cum scientia inualiditatis, adeoque cum mala fide, adhuc supposita specie matrimonij videtur ipso iure priuata, ne plus iuris tribuatur crimini formali cum mala fide, quam materiali tantum cum bona; nec ex hoc sequitur id, quod inferebat Sanchez, quod, cum illa pæna prouenia t ex delicto, non obliget, nisi post sententiam Iudicis, Non sequitur, inquam, quia hic non consideratur præcise delictum, sed figura matrimonij, sub qua procedit delictum, cui iniungitur talis priuatio ipso facto.

51 Si contractis nuptijs cum secundo marito hic ante consummationē transierit ad Religionem, Mater non recuperat tutelam.

Assertio XIII. Si mater contraxerit verè nuptias per verba de præsenti seruatis omnibus iuris solemnitatibus, & deinde secundus maritus ante earundem consummationem transiecit ad Religionem, eadem Mater tutelam non recuperat. Ita in similibus terminis *Salgado in labirint. creditor. part. 3. c. 4. n. 34.*, *Antonius Donatus de Marin. in suo opere quotid. resol. lib. 1. c. 264. n. 9. & 10.*, *Cinus in auth. Matri, & Auiæ sub n. 9. in calce vers. quare dicas eam amplius non admitti*, *Baldus in auth. Sacramentum sub nu. 2. vers. quærunt DD. C. quando mul. tut. offic.*, *Marsilius in l. etiam si redhibitus num. 5. ff. de quæst.*, *Tiraquel in suo tract. cessante causa limit. 12. n. 8.*, *Additionatur ad decis. Capic. 50. lit. B. vers. an autem effecta vidua repetat tutelam*, *Vinius in suis commun. opin. in verb. mulier ad secundas nuptias n. 3. vol. 1.*, *Merlinus tract. de legitim. lib. 4. tit. 2. q. 4. num. 17.*, qui omnes, quamuis loquantur in terminis matris binnubæ effectæ viduæ ob obitum secundi mariti, inspectis tamen rationibus, quibus mouentur, trahi concludenter possunt etiā ad terminos præsentis assertionis.

Potissimæ etenim rationes, quibus mouentur hæ præcipuæ sunt; primo, quia per secundas nuptias formaliter initas mater ipso iure priuatur tutela per ea, quæ supra latè probauimus; ius autem semel extinctum non amplius reuiuiscit etiam cessante causa extinctionis per textum *in §. quod autem Instit. de cap. diminut.*, atque hac ratione præcipuè vtitur *Daoyz in suo indit. iur. ciuil. in lit. E. verb. extinctum tom. 1.*, *Carlinus in suis controu. for. c. 47. num. 56. tom. 1.*, qui in comprobationem illius axiomatis plures adducit textus, tàm iuris Pontificij, quàm Cæsarei.

Rationes quibus innititur assertum.

52 Ius semel extinctū non amplius reuiuiscit etiam cessāte causa extinctionis.

Secundo; quia per formalem illum transitum ad secundas nuptias denegari non potest, quin Mater reddita fuerit suspecta; hæc etenim est ratio, ob quam iura induxerunt ipso facto priuationem tutelæ in Matre binnubēte; semel autem suspectus semper remanet suspectus per ea, quæ considerat *Pedrazza in suo tract. vidu. disq. 39. n. 43.* per textum *in §. nouissimè autem Instit. de suspect. tut. & ibi Portius num. 9.*, *Mysinger. num. 1.*, *Otnotimus num. 2. & 3.*

53 Per transitum ad secunda vota simpliciter mater intelligitur suspecta.

Tertio, quia mater transiens ad secunda vota per verba de præsenti censetur tacitè eo ipso renuntiasse tutelæ *Baldus in auth. Sacramentum sub n. 2. vers. quærunt DD. C. quando mul. tut. offic.*, *Marsilius in l. etiam si redhibitus num. 5. ff. de quæstion.*; regressus autem non datur renuntiantibus iuribus suis per textum *in c. ex eo 38. de reg. iur. in sexto*, *Vulpianus in l. quæritur 14. §. si venditor; ibi remittentibus enim actiones suas ff. de ædil. edict.*, *Glosa in l. quoties ab omnibus 11. in verb. alienatione C. de fideicommis.* vnde *Cinus in auth. Matri, & Auiæ sub num. 9. C. quand. mul. tut. offic. & cum eo Surdus decis. 106. sub n. 17. vers. paria sunt* sic efformant argumentum. Paria sunt, quod viduæ Matres à principio renuntient tutelæ, ac quod secundas ineant nuptias; cum igitur à principio renuntiantes non habeant amplius regressum, nec habere possunt Matres renubentes; & ad hoc faciunt ea, quæ notat *Baldus in l. cum quidam sub num. 3. vers. quarto nota ff. de condit. insert.*, quod scilicet semel repudiatum reintegrari non possit, & in specie, quod tutela semel repudiata, nunquam restituatur *Baldus in §. not autem sub nu. 49 vers. contra hoc videtur Instit. de Attilian. tut.*, *Salicetus in auth. Sacramentum nu. 5. vers. quia repudiata C. quand. mul. tut. offic.* Alias rationes ad idem conferentes adducit *Pedrazza loc. cit. à num. 31. vsq. ad 53.*, sed hæ omnes rationes æquè militant, quando Mater binnuba vidua efficitur per obitum secundi mariti, ac quando matrimonium dissoluitur per transitum mariti ad Religionem, quandoquidem in hoc etiam secundo casu denegari non potest, quin verè nuptiæ fuerint contractæ,

54 Per transitum ad secunda vota intelligitur tacitè renuntiare tutelæ.

55 Tutela semel repudiata nunquā restituitur.

tractæ, & per consequens, quod ipso iure mater intelligatur tutela priuata, quod facta fuerit suspecta per easdem nuptias, quod per illas tacitè renuntiauerit &c., ergo &c.

56 Quod cessante causa prohibitionis cesset prohibitio non valet, quando iam productus est effectus.

Maius negotium quoad hoc erit aduersantium soluere argumenta, quæ iam profero, & diluo. Primum est, quod cessante causa prohibitionis cessat quoque prohibitio per textum *in l. generaliter C. de Episcop. & Cler. & l. adigere §. quamuis ff. de iur. patron.*, sed hac in hypothesi cessat ratio prohibitionis, cum cessat matrimonium, ergo non est, cur matres in secundo matrimonio factæ viduæ non possint tutelam reassumere; Sed huic obiecto facilè possum occurrere asserens allegatum axioma locum non habere, quando causa iam produxit effectum perfectum, & consummatum per textum *in l. fin. in princip. ff. vnde liberi l. sancimus C. de administ. tut.*, *Tiraquel in tract. cessante causa limit. 12. n. 2.*, *Molinus de ritu nupt. lib. 3. q. 25. num. 33. & 34.* post actum enim consummatum, & si deficiat causa, non propterea cessat effectus *Mangillus de impnt. q. 101. nu. 14. & q. 166. n. 5.* Adde, quod quoties causa requiritur aliquo certo tempore, si pro illo tempore fuit, licet postea cesset, non tamen cesset effectus *l. si quis hæredum 7. C. de instit. & substit.*, *Tiraquel in d. tract. cessante causa limit. 4.*, *Gallatus in Margarita casuum conscientiæ verb. causa*, *Rota Romana decis. 733. num. 8. apud Farinacium part. 2. recent.*; Cum igitur iura in hoc casu ad amittendam tutelam requirant solummodo tanquam causam matrimonium contractum per verba de præsenti, quis non videt effectum amissionis iam esse perfectum, & consummatum in celebratione earundem per verba de præsenti, & cum affigant hanc priuationem nuptijs contractis, quis non videt effectum illius priuationis esse affixum tempori celebrationis earundem?

Causa vltimata adhuc perseuerat.

Responderi etiam potest, quod causa vltimata, & finalis talis priuationis intelligatur adhuc perseuerare; nihil enim aliud est, quam suspicio, quam iura habent de matribus repetitas nuptias ineuntibus; tutor autem semel effectus suspectus, semper remanet suspectus per textum *in §. nouissimè autem Instit. de suspect. tut.*, *Antonius Donatus de Marinis in suo vol. quotid. controuers. lib. 1. c. 264. num. 10.*, *Gratianus discept. for. c. 5. nu. 37. vers. exemplo viri*, vbi asserunt, quod viduæ Matres semel ad secunda vota transeuntes non intelligantur suspectæ temporalitèr, sed perpetuo.

Secundum argumentum desumitur ex textu *in l. si quis sub conditione 11. in calce ff. de testament. tut.*, vbi dicitur, quod legitima tutela casu amissa cessante casu reintegretur, sed viduæ matres liberorum tutelam in hac hypothesi quasi casu amittunt per illas nuptias secundo initas, ergo deficientibus illis nuptijs tutela in ipsis debet reintegrari.

57 Textus in l. si quis sub conditione ff. de test. tut. quomodo intelligendus.

Sed etiam facili negotio huic argumento occurro asserens, præfatum textum in *d. l. si quis sub conditione* non esse adaptabilem casui nostro, quandoquidem ibi est sermo, quando tutela amissa est citra voluntatem amittentis, vt cum ab hostibus captus est, vel ob ætatem excusatus ad tempus *Pedrazza in suo theat. Vidual. disq. 3. nu. 58.*; hic autem est sermo de voluntaria causa, quam contulit eadem mater binnuba renubendo, & per secundas nuptias ex iuris præsumptione tacitè renuntiando tutelæ per ea, quæ ex Baldo supra commendauimus.

Tertium argumentum ex eo desumitur, quod secundum coniugium non minus legitimum est, ac sit primum, vt omnia iura canonica clamant, quod autem legitime fit, vel factum est, dici non potest, quod pænam mereatur ad textum *in l. Gracchus 4. C. ad leg. Iul. de adul. serio.* Adde, quod, si dissoluto secundo matrimonio non posset mater reassumere tutelam filiorum prioris matrimonij, id esset impedimento secundo matrimonio; omnia autem, quæ sunt impeditiua nuptiarum, sunt per ius canonicum abolita, prout habetur *in c. Gemma 29. de sponsal.* Sed hoc argumentum modici roboris videbitur, si reflectamus ad ea, quæ docuimus *tom. 7. sub tit. Contractus XV. de matrimon. 4. prænot. 11. num. 1.*, quod scilicet pænæ contra secundo nubentes in fauorem filiorum non intelligantur correctæ per ius canonicum, prout etiam docent *Fontanella de pact. nuptial. clausula 5. glos. 8. part. 11. nu. 6.*, *Borellus in summa diuers. tom. 3. tit. 2. num. 36. 49. & seqq.*, & ex Theologis *Molina tom. 2. de iust. tract. 2. disp. 431.*, *Azorius instit. mor. part. 1. lib. 5. c. 20. vers. leges omnes ciuiles*, *Rebellus de oblig. iust. part. 2. lib. 6. q. 8. sect. 2.*, *Sanchez de matrim. lib. 7. disp. 88. num. 39.* addita etiam ratione, quia huiusmodi dispositiones legales non habent rationem pænæ propriæ, & rigorosè sumptæ, sed potius rationem prouisionis in fauorem filiorum, ne scilicet ex propensione matris binnubæ erga secundum coniugum defraudentur, seu lædantur in bonis proprijs patrimonialibus vel in vita, vel in alijs; neque ex hoc sequitur saltem directè id, quod ex aduerso inferebatur,

nem-

nempe, quod per has dispositiones lædatur libertas matrimonij quodamodo, quia fæminæ, ne perderent huiusmodi

58 Pænæ contra secundo nubentes in fauorem filiorum non sunt per ius canonicum correctæ.

beneficia, retraherentur à nuptijs; Non sequitur, inquam, quia iura directè, & principalitèr intendunt obuiare damnis filiorum prioris matrimonij, non lædere libertatem matrimonij, quod, si quandoque eueniat, quatenus fæminæ, ne priuentur tutela, retrahantur à futuro matrimonio, non est ex fine legis, quæ præcisè respicit bonum, & auersionem à malo. Deinde data hac contraria ratione matres binnubæ non solum mortuo secundo marito possent recuperare tutelam, quam amiserunt ob repetitas nuptias, sed etiam eandem per futuras nuptias non amitterent, quod tamen nec aduersarij ipsi concedent. Ratio illationis ex eo deducitur, quia ideo per aduersarios possunt Matres binnubæ mortuo secundo marito reassumere tutelam, quia iura, quæ tali reassumptioni resisterent, essent impeditum matrimonij, sed etiam iura, quæ priuant ratione secundarum nuptiarũ matres tutela filiorum, eodem modo retrahunt à nuptijs, cum illas contrahendo tutelam amitterent, ergo &c. Quamobrem dicendum est, quod Matres viduæ renubendo tutelã amittunt non ex eo, quod ineant secunda vota, sed quia afficiuntur suspectæ propter nouum maritum, a quo præsumitur posse seduci ad textum *in l. lex quæ tutores 22. §. lex enim C. de administ. tut.*, prout etiam considerat *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 8. sub n. 87. vers. & quod ea ratione probari videtur*.

Quartum argumentum desumitur ex ijs, quæ docet *Tiraquel de retractu conuent. §. 1. glos. 2. n. 84. tom. 3.* nempe, quod prohibitum ad tempus, post illud censeatur permissum *arg. textus in c. præsentium 3. de Cler. percus. & l. Imperator 8. ff. de post. laud.*; vnde etiam dicitur, quod sublato impedimento res reuertatur ad suum statum *l. cum alijs ff. de curat. furios. l. quæstione C. de sententiam passis*; atque matres transeuntes ad secunda vota impediuntur à tutela ratione secundi matrimonij, quod post tempus dissol-

59 Priuatio tutelæ inducitur ob suspicionem malæ administrationis.

uitur per mortem secundi mariti, ergo eo dissoluto poterunt iterum ad tutelam admitti. Sed huic etiam argumento facilè potest satisfieri ponderatis præcedentibus, quod scilicet priuatio tutelæ non inducatur ob matrimonium tanquam causam formalem, & vltimatam, sed ob suspicionem infidæ administrationis ob propensionem erga secundum maritum, quam mater ingessit renubendo; hæc autem suspicio, vt supra prænotabamus, non est temporanea, sed perpetua.

Hic non placet distinctio, qua vtuntur plerique scribentes, & inter cæteros *Costa in tract. de re integ. dist. 10. sub nu. 4. vers. aut res est integra*, *Cancerius var. resol. c. 7. de tutor. sub nu. 58. vers. ad prædicta conducit part. 1.*, *Ascanius Clemens de patria potest. c. 4. num. 39.*, *Antonius de Amatis var. resol. lib. 1. resol. 24. num. 17.* ad conciliandas opiniones inter se oppositas, quod scilicet sententia statuens matrem binnubam mortuo marito non reassumere tutelam procedat tantum, quando res non est amplius integra, quatenus scilicet filij prioris matrimonij iam habuerint alium tutorem vel legitimum, vel datiuum; contraria verò, quod scilicet reassumat tutelam, procedat, quando res adhuc est libera, quatenus filijs prioris matrimonij non adhuc prouisum sit de alio tutore; Non placet, inquam, quia per transitum ad secunda vota ipso iure amittit tutelam per ea, quæ supra probauimus, quod etiam videtur colligi *ex auth. vt sine prohibitione Mater §. quia vero* Ibi *mox secundas nuptias contraxerit* ponderata illa dictione *mox*, quæ arguit priuationem ipso iure, addita etiam ratione finali illius suspicionis, quam ingessit, infidæ administrationis, quæ non temporalis præsumitur, sed perpetua, cum, si habuerit filios ex secundo marito, maior propensio in eosdem supponatur, quã in filios ex primo marito susceptos, vel deferendo illos possit ad tertias nuptias transire, & quando neutrum ex his accederet, satis ab amore filiorum prioris matrimonij recessisse, & declinasse præsumitur ex accessu præcisè ad secundas nuptias, quam rationem considerarunt iura, dum ipso facto induxerunt priuationem.

60 Mater binnuba post mortem secundi mariti non potest reassumere tutelam, siue post secundas nuptias fuerit prouisũ de alio tutore, siue non.

61 In casu, quo post secundas nuptias datus esset tutor suspectus, & remouendus, nec alius esset idoneus, mater post obitum secundi viri posset subrogari.

Hæc tamen, quæ hic dicta sunt, in certis casibus pati possunt limitationẽ, & primo, vt notat *Lucas de Penna in l. 1. col. 3. vers. & eadem distinctio C. de his qui in exilium lib. 10.*, quod, quando ipsa Matre transeunte ad secundas nuptias datus esset filijs prioris matrimonij tutor suspectus, vel minus idoneus, nec alius esset idoneus, qui eidem posset subrogari; tunc etenim possent Matres viduæ etiam ex secundo marito subrogari; non quia ex genere suo detur regressus ad tutelam deperditam, seu restituantur ad pristinum statum, ex quo secundus maritus deperijt, sed quia de nouo possunt assignari in subsidium. Secundo, quando pupilli aliunde non

habent, nec habere possint alios tutores idoneos, & hoc in fauorem pupillorum,

62 Item in casu, quo filij habere non possent alios tutores idoneos.

ne debitis subsidijs destituantur, vt notat *Faber in suo Cod. lib. 5. tit. 21. def. 2. nu. 10.*, qui tamen ad hoc duo requirit; primum, quod eadem Mater binnuba non habeat filios, seu filias ex secundo matrimonio; secundum, quod requiratur in hoc puncto Principis auctoritas, qui solus est supra leges, & hanc secundam conditionem voluit etiam *Boerius decis. 266. sub nu. 5. vers. quare aliomodo concordat ipsos, & sub num. 6. vers. ex quibus concluditur*. Cæterum, quod Matres binnubæ post obitum secundi mariti possint iterum admitti ad tutelam filiorum prioris matrimonij, quando isti, nec habent, nec habere possunt alios tutores idoneos præter præcitatos DD. sustinent etiam

63 Intellige tamen, si Mater non habeat filios ex secundo matrimonio, & accedat auctoritas Principis.

Salicetus in auth. Sacramentum sub nu. 5. vers. tertio inducit C. quando mul. tut. offic., *Morosus cons 74. sub num. 7. vers. sed dumtaxat admittitur*, *Riccius in suis collect. decis. part. 4 collect. 1065. vers. sublimita hoc*, *Peregrinus cons. 78 num. 15. lib. 1.*, *Merlinus de legit. lib. 4. tit. 2. q. 4. num. 22.*, *Marta tit. 5. de tutela c. 8.*, qui tamen postremus in hoc discordat a Fabro, & Boerio supra allegatis, quod ipse esistimat, etiam post mortem secundi mariti matres posse admitti ad eandem tutelam non esistentibus alijs tutoribus idoneis, quantumuis habeant filios ex secundo matrimonio. Sed quoad hanc vltimam partem non libenter fiderem eidem *Marthæ*, sicuti nec fidit *Pedrazza in suo teatro viduali disq. 39. à n. 93. ad 98.*, cum extantibus filijs ex secundo matrimonio militet eadem ratio, quæ militat viuente secundo marito, cum præsumatur eadem Mater plus diligere filios secundi matrimonij, quam primi ad textum *in l. fœmina 3. & in l. generaliter C. de secundis nuptijs*, ob quam maiorem affectionem præsumi potest, quod bona filiorum primi matrimonij possit profundere in vtilitatem illorum secundi; ex qua præsumptione maioris affectionis erga secundum maritum iura priuant eandem vxorem binnubam tutela, adeoque intelligenda sunt etiam priuare in hoc casu existentiæ filiorum ex secundo matrimonio.

Rationes pro huiusmodi conditionibus.

64 Sententia afferens, quod transeunte Matre ad secūdas nuptias aperiatur locus datiuo.

Es suppositione iam, quod mater binnuba eo ipso, quod transit ad secunda vota, amittat tutelam filiorum prioris matrimonij, suboritur hic immediatè difficultas, cuinam deferenda sit tutela? an scilicet immediatè aperiatur locus datiuo; an verò demandanda sit legitimo, si extet? Glosa *in auth. Sacramentum C. quando mul. tut. offic.* sustinet aperiri locum datiuo, sicuti eidem aperitur in remotione alterius suspecti *arg. textus in l. si quis sub conditione ff. de testam. tut.*, addita etiam ratione, quod ipsa vxor transiens ad secundas nuptias petere debeat filijs prioris matrimonij tutorem à Iudice per textum *in auth. de nuptijs §. si autem tutelam colat. 4. & in l. omnem C. ad Tertul.*, & in potestate Iudicis sit eligere, quem magis idoneum iudicauerit; atque cum *Glosa* sentiunt *Albericus*, & *Angelus in auth. Matri, & Auia C. quand. mult. tut offic.*, vbi *Albericus in vers. expeditis quæstionibus* asserit, hanc esse communem opinionem. Alij verò ex generali regula, quod donec reperiatur legitimus, non deueniatur ad datiuum per textum *in l. si tutor Reipublicæ §. 1. ff. de tut. & rat. distr. & in l. non solum §. si libertas ff. de excus. tut.* asserunt in hac hypothesi, si adsit legitimus non esse locum datiuo. Bartolus *in d. auth. Sacramentum, & in d. l. si quis sub conditione n. 27.* varios casus distinguit;

65 Contraria sententia afferens esse locū legitimo.

& primo ponit casum, quo mater nunquam assumpserit tutelam, sed vadat ad Iudicem, & dicat *Nolo esse tutrix, & peto dari filijs meis tutorem*, & in hoc sensu dicit, quod sine dubio tutela legitimo deferatur *arg. textus in l. 2. ff. qui pet. tut.*; secundo, quando mater iam assumpserat tutelam, & postea Iudici eandem renuntiat dicens *Volo ad secunda vota transire; peto, vt des filijs meis tutorem*, & tunc asserit aperiri locum datiuo iuxta *glos. in d. auth. Sacramentum C. quand. mul. tut. offic.* Tertio, quando nec adito Iudice, nec habita cura de filijs ad secunda vota transiuit, tunc etenim iuxta superius dicta ipso iure priuatur tutela ex dispositione legis, non Iudicis, & tunc asserit locum esse tutori legitimo, non datiuo, atque iuxta hanc distinctionem Bartoli procedunt *Baldus in d. auth. Sacramentum col. 1.*, *Salicetus col. 2. & 3. C. quand. mul. tut. offic.*, *Paulus de Castro cons. 127. num. 2.*, *Villalobos in suo erario com. opin. lit. T. num. 133.*, *Antonius Gorgius de tut. & curat. q. 9. n. 10.*; atque huic opinioni secundum omnes casus ab eodem Bartolo distinctos adhærendum, & ego censeo. Si autem inquiratur, cur in primo, & tertio casu sit locus legitimo, non autem in secundo? Tunc dicam in primo casu, quod, cum tutela filiorum respectu Matris non sit coarctata, sed arbitraria, eo ipso, quod Mater non assumpsit, sed coram Iudice renuntiauit, subingrediatur regula generalis, secundum quam non extante testamentario tutore datur locus legitimo, nec in hoc, quod intermediet mater,

66 Si Mater non assumpta tutela petierit à Iudice dari filijs tutorem, tutela defertur legitimo.

67 Si Mater assumpserit tutelam eamq; deponat ob transitum ad secunda vota aperitur locus datiuo.

68 Si transeat ad secunda vota non adito Iudice, nec habita cura filiorum aperitur locus legitimo.

ter, poteſt officere, quia, cum nec ex facto proprio ipſam aſſumendo ſe legitimam conſtituerit, nec ex iure neceſſario talis ſit, vtique alios legitimos non excludit; In ſecundo vero caſu, cum iam aſſumpſerit, ex eo, quod ad Iudicem iuerit, & ſub motiuo futurarum nuptiarum filijs ſuis tutorem petierit, ſentiendum eſt, quod non deſijerit ipſo iure eſſe tutrix, ſed tunc tandem, cum alius tutor datus fuerit, & ſic quandiu ipſa eſt tutrix, non datur locus legitimo, & quando alius iam datus eſt à Iudice, cum hic ſubrogetur loco Matris, quæ alios legitimos excludit, & ipſe eoſdem excludit, cum ſubrogatus in hoc caſu aſſumat naturam eius, cui ſubrogatur; hancque explicationem adhibet *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 9. nu. 21., & Salicetus in d. auth. Sacramentum C. quand. mul. tut. offic.*; In tertio vero caſu, cum ipſo iure amittat mulier tutelam initis ſecundis nuptijs, immediatè aperitur via legitimis, & ſic ad proximiores defertur, nec in hoc militat ratio, quod ipſa mulier in tutela perſeueret, quouſque de alio tutore fuerit prouiſum, cum ipſo iure priuetur.

Rationes differentiæ inter hos caſus.

Hic alia ſuboritur difficultas, an, ſi mater vidua aſſumpta tutela filiorum ante contractas alias nuptias, ex tunc elegerit alium tutorem, qui in caſu mutationis ſtatus eiuſdem Matris per tranſitum ad ſecundas nuptias, ſuccedat in dicta tutela, talis tutor ſic deſignatus teneat? Hæc difficultas in parte ab ea dependet, qua DD. quærunt, an Iudex teneatur eum confirmare tutorem, quem vxor tranſiens ad ſecunda vota
69 nominauerit? Omnes ferè conueniunt, quod nominatus à Matre tranſeunte ad ſecunda vota non ſit à Iudice admittendus ſine diligenti inquiſitione ex neceſſitate, & hoc ob præſumptionem, quod amore nimio erga ſecundum maritum eum nominauerit, quem ipſe voluerit, & in tali nominatione vxor binnuba fraudulenter ſe geſſerit ad terminos textus *in l. Diuus §. ſiquidem ff. qui pet. tut.*, & hanc eſſe magis communem opinionem fatetur *Gregorius Lopez in l. 5. in gloſ. al mas certano in verſ. ſed an tum Mater tit. 16. part. 6., Crauetta conſ. 190. n. 8., Menochius de arbitrar. Iud. lib. 2. cent. 2. caſ. 151. num. 2., & ſeqq., Ioannes Gutierez part. 1. de tut. & curat. c. 8. nu. 66. & 67.* reiecta etiam diſtinctione *Baldi in c. ex parte 2. num 4. de appel.*, qui vult, quod, ſi tutor fuerit nominatus à Matre relicta tutrice teſtamentaria filiorum per maritum, vtique ſit confirmandus à Iudice, eo quia ille ſit præferendus legitimis cum iſti fuerint per teſtatorem tacitè excluſi, ſecus, ſi Mater non fuerit tutrix teſtamentaria; reiecta, inquam, hac diſtinctione, quia, vt in ſequenti prænotione latè videbimus, ſicut per tranſitum ad ſecundas nuptias eadem Mater, quamuis teſtamentaria amittit tutelam, ita quamuis talis non videtur poſſe valide alium tutorem nominare, nam ſicuti per talem tranſitum redditur ſuſpecta in adminiſtratione, ita etiam redditur talis in nominatione, & electione. Adde id, quod aſſerit *Stephanus Gratianus diſcept. for. tom. 2. c. 219. num.* 10. nempe, quod non debeat aſſignati tutor ille, quem petierit Mater quaſi tunc male de ea lex præſumat, ne ſcilicet ſubmittat fraudatorem, non autem tutorem filijs quos, dum relinquit, etiam velle ſpoliare præſumitur.

Tutor electus à Matre vidua in caſu mutationis ſtatus eiuſdem Matris non eſt confirmandus, niſi habita diligenti inquiſitione.

70 Et hoc ſiue Mater fuerit tutrix teſtamentaria, ſiue legitima.

Sed quid ſentiendum ſit, ſi Mater tranſiens ad ſecunda vota idoneum tutorem filijs prioris matrimonij nominauerit, & Iudex facta diligenti inquiſitione ipſum idoneum inuenerit, an tunc teneatur ipſum confirmare, an verò poſſit pro arbitrio alium æquè idoneum eligere? Gloſa *in l. ſi quis ſub conditione ff. de teſtam. tut., Decius conſ. 674. n. 4.* ſentiunt, illum potius eſſe decernēdum, quem Mater propoſuerit, quam alium quemlibet, quod idem affirmat *Hieronimus Gabriel conſ. 17. nu. 4. & 5.*, vbi, quod peritus a Matre, ſi per inquiſitionem idoneus fuerit inuentus, debeat ex neceſſitate dari a Iudice, & quod cæteris paribus ille præferendus ſit, quem mater elegerit, immò, quod, ſi petitus a matre ſit idoneus, ſit decernendus, quantumuis alter ſit aliquantum magis idoneus. Contrarium tamen videntur ſuſtinere *Cynus in auth. Matri, & Auiæ q. 7. C. quando mul. tut. offic., Angelus in auth. Sacramentum num. 5. C. eod. tit.* volentes, quod facta etiam inquiſitione, & per ipſam inuento idoneo illo, quem mater nominauerit, poſſit Iudex alium ſuo arbitrio dare tutorem, nam ſicuti Mater tranſiens ad ſecunda vota ipſo iure priuatur tutela, ita videtur quocunque iure priuari in ordine ad eandem, & per conſequens etiam iure nominandi, & fruſtraneè eidem cōcederetur arbitrium, ſi teneretur eum confirmare, quem mater petierit. Adde, quod vix poſſit electus, ſeu nominatus a Matre eximi à nota ſuſpicionis. Sed non recederem à prima opinione, niſi in caſu, quo eſſet vehemens ſuſpicio de aliquo damno pupillorum, & hoc propter ingentem amorem, qui ſupponitur in

Sententia aſſerens, quod tutor nominatus à Matre, & idoneus repertus ſit neceſſariò confirmandus.

Contraria ſententia exponitur.

71 Præfertur prima.

Matre

Matre erga filios, & frustra ei data esset potestas nominandi, si Iudex non intelligeretur eligere nominatum, & licet Iudici detur arbitrium, hoc debet esse regulatum. Quod, si alibi diximus cum Gratiano, congruum non esse, vt eligatur nominatus à Matre; hoc est intelligendum, quando non est facta inquisitio, & quando subest aliqua vehemens suspicio ex adminiculis concurrentibus.

Hæc omnia videntur procedere, quando mater transiens ad secunda vota, tutorem nominauit; Quid verò sentiendum sit, quando antecedentèr ad nuptias tutorem elegerit, qui in casu mutationis status eiusdem matris habeat succedere in eadem tutela? In hoc casu non videtur militare ratio, quam supra ponderauimus, quod scilicet mater transiens ad secunda vota præsumatur, quod amore nimio erga secundum maritum eum nominauerit, quem ipse secundus maritus voluerit, & in tali nominatione mulier binnuba fraudulenter se gesserit; cum etenim antecedentèr elegerit, vt esset tutor, quando ipsa statum mutauerit, nec tunc actum esset de secundo matrimonio, non potest esse præsumptio, quod ad suggestionem secundi mariti illum elegerit,

72 Nonnulla dubia excitantur, & diluuntur.

His tamen minime obstantibus arbitrantur aliqui, hac etiam suppositione tutorem sic electum sine inquisitione non esse admittendum, & posita etiam diligenti inquisitione non esse ex necessitate confirmandum, sed arbitrarium esse Iudici eligere, quem idoneum iudicauerit, vel ipsum scilicet, vel alterum. Rationem es eo deducunt, quia, cum talis electio per Matrem facta referatur ad tempus mutationis status eiusdem Matris, perinde est, ac si facta fuerit pro tempore mutationis eiusdem status, pro quo, sicuti priuatur ipso iure tutela, priuari etiam censenda est quocunque iure circa eandem, & licet in hac hypothesi cesset ratio præsumptionis, quod elegerit ad suggestionem secundi mariti; cum pro illo tempore illum non habuerit, non cessat tamen pręsumptio, quod elegerit personam, vtpotè eidem fidam, suspectam, vt scilicet regatur eius nutibus, & mariti futuri, cum illum habuerit; & sicuti, si ab initio obitus primi mariti mater ipsa, si nolit tutelam eligere, non potest alium pro suo arbitrio sufficere, sed alijs locus aperitur, ita si susceperit, non videtur posse in casu, quo ipso iure priuaretur, vel esset priuanda, alium eligere cum in casu, quo ipso iure priuatur, perinde sit quoad hunc effectum, ac si tutelam non habuerit. Adde, quod talis electiu tutoris antecedentèr ad secundum matrimonium esset in fraudem iurium priuantium ipsam tutela, & quocunque iure ad ipsam, nam quousque non contraheret secundas nuptias ipsa perseueraret in tutela, & eisdem contractis, si ipsa non perseuerat in se ipsa, perseuerat in alio, quam sibi subrogauit, & substituit. Sed in hoc etiam non recederem à prima sententia supposita debita inquisitione propter rationes supra adductas.

Quid verò sentiendum sit in ordine ad vitricum, an scilicet mater filiorum prioris matrimonij transeundo ad secundas nuptias cum ipso possit ipsum in tutorem eorundem filiorum nominare, & obligare possit talis nominatio? Sentio regulariter ipsum non esse admittendum *Glosa in l. 2. ad fin. C. vbi pupillus educ. deb.*, *Ioannes Gutierez part. 1. de tut. & curat. c. 8. nu. 77. vers. ego quidem censeo, & doceo*, vbi etiam asserit, se ita obtinuisse in praxi in gradu appellationis in regali Cancellaria Vallisoletana, vbi pronuntiatum, auferendam esse tutelam à Iudice decretam Vitrico per nominationem matris pupillorum in coadiutorem tutoris suspecti, quod etiam affirmauit *Cavalcanus in tract. de tut. & curat. n. 289.*; & in hoc specialitèr fundantur iura priuantia matrem tutela filiorum prioris matrimonij, dum transit ad secunda vota, hoc enim præstant ob præsumptionem, ne ob nimium amorem erga secundum maritum lædat eosdem filios in suis bonis; Quænam maior præsumptio huius læsionis, dum bona eorundem filiorum immediatè profundit in potestatem eiusdem mariti, quem magis diligere præsumitur, quam eosdem filios?

73 Vitricus nominatus à matre transeunte ad secunda vota regulariter non est admittendus.

Dixi, *regulariter*; non enim negauerim in aliquibus casibus specialibus posse admitti vitricum in tutorem priuignorum, & primo accedente Principis auctoritate, vt notat *Faber in suo Codice lib. 5. tit. 21. def. 2. num. 10.* addita etiam ibi ratione, ne tanta vis fiat legibus, supra quas solus est Princeps ad textum cæsareum *in l. digna vox 4. C. de legib.*, & *in l. Princeps 30. ff. eod. titulo*, quod etiam docuit *Boerius decis. 266. sub num. 5. vers. quare alio modo concordas ipsos, & bene facit, & sub nu. 6. vers. ex quibus concluditur*. Ex quibus deducitur, quod, si ad hoc Principis auctoritas necessaria est, non possit ex se Vitricus assumi in tutorem filiorum prioris matrimonij.

74 Excipe, si accedat Principis auctoritas.

Secundo limitant alij in casu, quo ex inquisitione appareret, vtile esse mino-

ribus

ribus tutelam conferri eorum vitrico; 75 Sed, an hoc sufficiat sine Principis auctoritate, non ausim asserere, quandoquidem vt notat *Faber in suo Cod. lib. 5. tit. 21. Quando mul. tut. offic. fung. pot. defin. 2. num. 1.*, etiam si eadem mater vidua data sit tutrix à Iudice cum inquisitione, non tamen tenet datio, si illa ad secunda vota transeat, licet nullus sit, qui ab ea prouocauerit, maximè cum iuris auctoritas non sit in iudicantis arbitrio per textum *in l. ordine Decurionum Ibi cum facti quidem quæstio sit in potestate iudicantium, iuris autem auctoritas non sit ff. ad munic ip. & de Incol.*, ergo nec etiam vitricus ex inquisitione ad instantiam vxoris dari posse videtur.

Aliæ limitationes proponuntur, & examinantur.

Tertio limitant alij in casu, quo simul cum nominatione Matris renubentis concurreret consensus parentum, vel tutorum testamentariorum *Boerius d. decis. 266. sub num. 5., Ioannes Gutierez pars. 1 de tut. & curat. c. 8. n. 78.* Sed nec libenter huic limitationi adhærerem, non accedente Principis auctoritate, prout notant *Peregrinus de iure Fisci lib. 3. tit. 15. num. 6., Pedrazza in sua theat. vidual. disq. 39. n. 4.*, vbi asserit, quod eadem mater renubens priuetur tutela, quantumuis omnes agnati, siue cognati in ipsam consenserint, quod etiam firmauit *Faber in suo Cod. lib 5. tit. 21., quando mul. tut. offic. defin. 2. num. 1.* Ratio autem ea est, quia agnatorum, & cognatorum consensus nequit derogare dispositioni iuris simplicitèr conceptæ. Quod, si ipsa ipso iure priuatur tutela non obstante tali agnatorum, & cognatorum consensu, non video, cur ius habere possit vitricum constituendi, cum ratione ipsius omnis suspicionis ratio desumatur.

Quando cócurrit consensus parentum.

Quarto limitant in casu, quo minor, qui excesserit annum 14. ipsum sibi petierit in curatorem, quem Mater nominauerit, prout sensisse videntur *Alciasus de præsumpt. reg. 1. præsumpt. 12. nu. 4., Caualcanus in tract. de tut. & curat. num. 289. ad finem, & num. 308.* Sed huic etiam limitationi non libenter adhærerem, & hoc non solum, quia efficax videtur præsumptio, quod minor fuerit inductus a Matre ad petendum vitricum in tutorem suum, vel curatorem, vel sua simplicitate fuerit deceptus; sed etiam, quia petitio minoris non potest derogare auctoritati, & dispositioni iuris.

Quando ipse filius excedens annum 14. ipsum peteret in curatorem.

In vniuersum tamen admitterem limitationem, quando facta diligenti inquisitione super vitricum nominatum, eoque inuento idoneo ad tale munus nullus alius esset, cui posset adaptari tutela; tunc etenim seruatis seruandis, ne pupillus indefensus sine tutore, seu curatore maneret, posset vitrico tutela decerni, sed hoc non esset, nisi in subsidium.

PRÆNOTIO XII.

An Mater renubens amittat etiam filiorum tutelam testamentariam.

SVMMARIVM.

Rationes suadentes, non amittere tutelam testamentariam, earumq; solutiones. 1.
Argumentum deductum ab extensione pænalium confutatur. 2.
Argumentum desumptum à negatione priuationis vsusfructus legati ob transitum ad secundas nuptias non facit ad rem, & assignatur ratio. 3.
Dissoluitur etiam argumentum desumptum à testamentaria dispositione sine clausula prohibente secundas nuptias. 4.
Rationes suadentes eandem tutelam amittere. 5.
Testatores non possunt in testamentis præiudicare legibus. 6.
Explicatur textus in l. si Pater C. de contr. iud. tut. 7.
Vbi lex diffidit de Matre, vtilitas pupillorum potius est attendenda, quam voluntas testantium. 8.
Doctores fauentes huic opinioni recensentur. 9.
Mater per transitum ad secunda vota amittit tutelam, quantumuis maritus dixerit, quod sit tutrix quousque vixerit sine vlla exceptione secundarum nuptiarum. 10.
Etiam si testator dixerit, quod sis tutrix etiam si transierit ad secunda vota. 11.
Fiducia testatoris non potest purgare suspicionem manifestam præsumptione iuris. 12.
Reijcitur distinctio Ruini asserentis, quod, quando vxor data fuit purè, & durante viduitate assumpsit tutelam, etiam perseueret post transitum ad secundas nuptias, quando verò non est data simplicitèr, sed casu, quo transiret ad secunda vota, & durante viduitate tutelam non assumpsit, non possit esse tutrix. 13.
Matres renubentes priuantur etiam educatione filiorum. 14.
Sententia Sanchez asserentis non priuari ipso iure tutela, sed tantum reddi suspectas. 15.
Contraria sententia præfertur. 16.
Reijciuntur fundamenta Sanchez desumpta ex l. 1. C. vbi pup. educ. deb. 17.
Explicatur textus in d. l. 1. 18.
A fortiori mater binnuba priuatur educatione

tione

tione filiorum primi matrimonij, quando succedere deberet eisdem filijs. 19.

Data sententia, quod, si mater binnuba non esset successura, non esset priuanda educatione filiorum, esset priuanda, si esset successura tantum in parte. 20.

Limito, nisi pars illa esset modica. 21.

Mater binnuba non esset excludenda ab educatione filiorum, si Principis auctoritas intercederet. 22.

Item, si non esset alius idoneus. 23.

HAnc quæstionem memini me agitasse *tom. 7. sub tit. Contractus XV. de matrim. IV. Prænot. 6. num. 7.* vbi pro parte affirmatiua cum *Garrone in auth. eisdem pænis num. fin. C. de secundis nuptijs Silua Nuptiali lib. 2. verb. Vidua non est nubendum nu. 5n., Gutierez de tut. p. part. c. 9. nu. 16., & alijs* conclusi. Sed quia contraria sententia non est destituta patronis, nec validis caret rationibus, & iuribus, non erit absonum rationi, si eandem firmioribus roboremus iuribus, & a contrarijs rationibus vindicemus.

Eadem igitur affirmatiua sententia retenta, contraria primo proponimus, & diluimus, deinde eandem ab oppositis expurgatam rationibus concludentibus illustrabimus.

1 Rationes fundētes non amittere tutelam testamentariam, & earum solutiones.

Pro contraria igitur sententia, pro qua stant *Becc. cons. 35. n. 7. lib. 1., Bimius cons. 111. n. 29. lib. 2., Purpuratus cons. 321. n. 23. lib. 1., & cons. 446. n. 3n. lib. 2., Camillus Lepid. inter decis. Lucens. Magon. 78. n. 12., Thomat. decis. 50. num. 182. vol. 1.* sic arguunt. In pænalibus non fit extensio de casu ad casum, nec ex identitate, nec ex maioritate rationis ex generali regula, quod pænalia, & odiosa sint restringenda, sed si mater renubens ammitteret tutelam etiam testamentariam, fieret extensio à casu tutelæ legitimæ, de qua solum loquitur textus *in auth. matri, & auia, & in auth. Sacramentum C. quando mul. tut. offic.* ad casum tutelæ testamentariæ, ergo &c. Sed facili negotio hoc argumentum potest dissolui; si primo reflectatur, quod allegata iura *in auth. matri, & auia, & in auth. Sacramentum*, non distinguant inter tutelam matris legitimam, & testamentariam, sed indefinitè procedant, vt textus legenti fit manifestum; Deinde quando etiam ex aliqua particula conijceretur, ibi tantum esse sermonem de tutela legitima, non incongruè fieret extensio etiam ad tutelam testamentariam eadem ratione penitus militante præsumptionis, quod propter amorem declinantem in secundum maritum sit vxor neglectura curam filiorum prioris matrimonij; nec obest ratio ponderata, quod in pænalibus non fiat extensio ob identitatem etiam, & fortè etiam maioritatem rationis; Non obstat, inquam, quia amissio tutelæ ob transitum fœminæ ad secundas nuptias non est propriè pæna, sed prouisio legis ad indemnitatem filiorum prioris matrimonij seruandam per ea, quæ commendauimus *tom. 7. sub tit. Contractus XV. de matrimon. 4. prænot. 11. nu. 1.*, quod etiam sentire videntur *Fontanella de pact. nupt. claus. 5. glos. 8 part. 11. num. 6., Azorius Instit. mor. part. 1. lib. 5. c. 20. vers. leges omnes ciuiles, Ioannes Angelus Bossius de matrim. contract. c. 11. nu. 313.* dum dicunt, quod omnes pænæ per leges ciuiles inductæ contra matres secundo nubentes in fauorem filiorum prioris matrimonij non intelligantur correctæ per ius canonicum, eo quia non sint propriè pænæ, sed prouisiones legis. Deinde, vbi militat expressa ratio legis, etiam in pænalibus fit extensio; in hac autem hypothesi ratio, ob quam iura priuant matres binubentes tutela filiorum est expressa, nempè mutata affectio erga filiorum personas, & præsumpta bonorum dilapidatio, quæ ratio æquè militat in ordine etiam ad tutelam testamentariam, vt benè considerauit *Donatus Antonius de Marinis quot. resol. lib. 1. c. 264. sub n. 7. vers. non obstans iura.*

2 Argumētum deductum ab extensione pænalium, diſsoluitur.

Arguunt secundo. Viduę renubentes non priuantur vsufructu bonorum à priori marito eisdem relicto, si relictum fuerit sine conditione viduitatis seruandæ, prout expreisè colligitur ex textu *in auth. hoc locum C. de secundis nuptijs*, ergò neque amittunt tutelam eisdem in testamento relictam. Sed hoc argumentum non valdè premit, si consideretur in ordine ad filios diuersitas quoad legatum vsusfructus factum vxori sine conditione viduitatis seruandæ, & tutelam in testamento relictam per priorem maritum eidem vxori; quandoquidem quoad legatum vsusfructus per transitum ad secundas nuptias nullum præiuditium eadem mater infert eisdem filijs, cum solum gaudeat vsufructu sibi à marito relicto; quoad tutelam vero in testamento per eundem maritum decretam per talem transitum non leuis ingeritur suspicio detrimenti eisdem filijs secuturi ex nimia affectione erga secundum maritum, adeoq; &c. Atque hanc disparitatem etiam assignat *Pedrazza in suo*

3 Argumētum desumptum à negatione priuationis vsusfructus legati non euincit, & quare.

ſuo theatro Vid. diſq. 39. n. 13.

Arguunt tertiò, quod, cum prior maritus in teſtamento tutelam vxori reliquerit, videtur fidem eiuſdem vxoris approbaſſe non obſtantibus futuris nuptijs, cum enim potuerit præuidere nuptias futuras vxoris, & nihilominus expreſsè contulerit tutelam ſine vlla exceptione, præſumitur paruipendiſſe tales nuptias, eiſque non obſtantibus voluiſſe conferre tutelam *Baldus in auth. eiſdem pœnis num. vlt. C. de ſecundis nupt.*, *Angelus de Aretio §. actionum q. 19. n. 41. Inſtit. de act.*, ergo etiam, ſi tranſierit ad ſecunda vota, poterit tutelam in teſtamento relictam retinere. Sed huic etiam argumento facilè poſſum occurrere aſſerens, non eſſe præſumendum, quod maritus teſtator voluerit tutelam durare etiam initis ſecundis nuptijs, cum non poſſit rationabiliter credi, quod in periculo damnorum in proprijs filijs voluerit potius conſulere eidem matri, quam filijs, & ſi voluiſſet, quod etiam tranſeunte vxore ad ſecunda vota tutela in ipſa perſeueraret, vtique hoc expreſſiſſet, & cum nihil de hoc dixerit præſumitur ſe conformare voluiſſe diſpoſitioni iuris communis. Addo, quod aliqui, inter quos *Antonius Gomez l. 14. Tauri num. 11. verſ. adde* ſuſtinent, quod etiam ſi maritus in ſuo vltimo teſtamento dixerit, quod non obſtante, quod vxor tranſeat ad ſecundas nuptias, maneat filiorum tutrix, per tranſitum eiuſdem ad eaſdem tranſeat tutela; de qua re infra vberior occurret ſermo.

4 Diſſoluitur etiam argumentum deſumptũ, ex diſpoſitione teſtamentaria, & ex fide habita à teſtatore.

Expurgata iam à contrarijs argumentis noſtra ſententia eam rationibus confirmamus, & primo ex textu *in auth. de nuptijs collat. 4. §. ſin autem tutelam verſ. nos autem*, vbi quoad hoc eiſdem pœnis ſubduntur mulieres tranſeuntes ad ſecunda vota, quibus ſubduntur fœminæ tranſeuntes feſtinanter ad ſecundum matrimonium intra annum luctus, ſed nubens intra annum luctus tanquam infamis, & odioſa memoriæ defuncti, & legi ad nullam tutelam poteſt aſpirare, ergo &c.; ſecundo, quia teſtatores facere non poſſunt, quia leges in ſuo teſtamento locum habeant per textum *in l. nemo poteſt 58. ff. de legat. 1.*, *Purpuratus conſ. 500. num. 39. vol. 2.*, *Rota coram Merlino deciſ. 30. nu. 17. part. 7. in Nouiſſimis*; ſed leges vetant ſimpliciter, ne matres renubentes tutelam filiorum retineant *auth. Matri, & Auia, & auth. Sacramentum C. quando mulier tut. offic.*, ergo non poſſunt efficere teſtatores, quod ipſæ vxores renubentes retineant; Neque obeſſe poteſt textus *in l. ſi Pater C. de contrar. ind. tut.*, vbi vitricus teſtamento poteſt dari tutor priuigno, quod etiam clarius firmauit *Gloſa ibid. in verb. proponis*, ergo, ſi vitricus poteſt eſſe tutor teſtamentarius priuigni, à fortiori poterit eſſe tutrix ex teſtamento mater eiuſdem priuigni; Non, inquam, obeſſe poteſt, quia ibi textus non dicit, quod vitricus teſtamento poſſit dari tutor priuigno, ſed ſolum ſupponit, quod adminiſtrauerit tutelam priuigni, quod potuit eſſe, vel quia in hoc à Principe obtinuerit diſpenſationem, vel de facto ſe in tutela intruſerit nemine contradicente, & in hoc caſu diſponitur, quomodo res regenda ſit, quando priuignus ſuccedit eidem vitrico. Dici etiam poteſt, quod eidem vitrico fuerit teſtamento delata tutela, non qua vitrico, cum tunc talis non eſſet, ſed tanquam perſonę extraneę, quę poſtea ex interuallo facta fuerit vitricus per nuptias contractas cum vxore eiuſdem teſtatoris, & quod poſtea in tutela perſeuerauerit, qua non priuatur ob nuptias contractas cum vxore eiuſdem, cum iura tantum diſponant, quod Mater tranſiens ad ſecunda vota ipſo iure priuetur tutela, non autem diſponunt, quod tutor teſtamentarius nubens cum vxore teſtatoris eadem tutela priuetur, potiſſimum cum in eo non poſſit conſiderari illa mutatio affectionis erga filios, quam conſiderant iura in matre, & ob quam ipſam priuant immediata tutela.

5 Rationes ſuadentes eandem tutelam amittere.

6 Teſtatores non poſſunt præiudicare legibus.

7 Explicatur textus *in l. ſi Pater C. de contr. ind. tut.*

Tertio, quia iuris axioma eſt perbelle conſideratum a DD., & præcipuè à *Guido Pap. deciſ. 539. ſub num. 2. verſ. nec Iudex hoc caſu*, *Martha in compil. tot. iur. tom. 5. in tit. tutela c. 9. verſ. nam lex de ipſa diffidit*, *Angel. in conſ. 144. ſub n. 2. verſ. ſi tamen tutor ſuſpectus videatur*, & hoc dependenter à iuribus *in l. in confirmando 8. & in l. vtilitatem 10. ff. de confirm. tut.*, quod ſcilicet, vbi lex de vxore diffidit, pupillorum, non autem teſtantium vtilitas ſit attendenda; Maior autem eſt vtilitas pupillorum, quod matres binnubentes non admittantur ad continuationem tutelæ ob præſumptam mutationem affectionis &c., ergo &c.

8 Vtilitas pupillorum non teſtantiũ eſt attendenda, vbi lex diffidit de matre.

Quarto, quia illis non eſt permittenda adminiſtratio tutelæ, de quibus iura non confidunt per textum *in §. oſtendimus, & tot. tit. Inſtit. de ſuſpect. tut.*; De vxoribus autem binnubentibus iura non confidunt per textum *in l. lex quæ tutores 22. §. lex enim C. de adminiſt. tut.*, potiſſimum, cum in eiſdem conſideretur morum inhoneſtas, mutatio affectionis in liberos, & nouiſſima præſumpta bonorum filiorum dilapidatio. Hanc no-

ſtram opinionem his, & ſimilibus rationibus ducti ſuſtinent *Crauetta conſ. 18. num. 1. & ſeqq. part. 1., Ioannes Angelus Boſſius tract. de matrimon. contract. c. 11. §. 23. n. 315., Corneus in conſ. 113. nu. 6. verſ. ſicut etiam Mater vol. 4., Donatus Antonius de Marinis quotid. reſol. lib. 1. c. 164. num. 7., Pedrazza in ſuo tract. vid. diſq. 39. nu. 18. & plur. ſeqq., Montanus de tut. & curat. c. 15. n. 75., Ioannes Gutierez de tut. part. 1. c. 8. n. 87. & ſeqq. Gloſa in l. omnem in fin. C. ad Tertul. & ibi Bartolus n. unico, Baldus n. 7., Albericus n. 1., Salicetus n. 5., Ruinus conſ. 87. num. 2. & 3. vol. 5., Garronis auth. eiſdem pœnis n. fin. C. de ſecundis nupt. Baezza de decim. tut. c. 4. num. 51., Olanus in ſua concord. lit. M. nu. 25., Molina lib. 1. de primog. c. 9. num. 49., Antonius Gabriel tom. 3. commun. opinion. lib. 3. tit. de ſecundis nupt. concl. 9. num. 6.*

9 Doctores ſuſtinentes hanc opinionem.

Sic ſtabilita, & à contrarijs vindicata noſtra opinione iam plura ad eandem pertinentia emergunt diſcutienda; & primo, an, ſi primus maritus in teſtamento dixerit, quod vxor ſit filiorum tutrix, quouſque vixerit nulla facta exceptione ſecũdarum nuptiarum, adhuc remaneat tutrix, quantumuis tranſierit ad ſecundum matrimonium? Adhuc exiſtimant per tranſitum ad ſecunda vota Matrem amittere tutelam filiorũ *Guido Pap. deciſ. 539. nu. 1. & ſeqq. & ibi addenda ſub lit. H., Martha in compil. totius iuris tom. 5. in tit. tutela c. 9., Donatus Antonius de Marinis quotid. reſol. lib. 1. c. 264. ſub num. 7. verſ. ubi id procedere dicit*, quibus adhærendum exiſtimo ex duplici capite, ſcilicet ex præſumpta voluntate ipſius teſtatoris, & ex diſpoſitione iuris; ex primo capite, quia non eſt præſumendum, quod, ſi teſtator cogitaſſet vxorem tranſituram eſſe ad ſecundas nuptias, eidem tutelæ officium decreuiſſet, quæ pro tempore earundem ſecundarum nuptiarum perſeueraret; ex ſecundo capite, quia talis diſpoſitio teſtatoris eſſet manifeſtè contra diſpoſitionem iuris, nolentis vxorem binnubam perſeuerare in munere tutelæ.

10 Mater per tranſitum ad ſecunda vota amittit tutelam etiam, ſi maritus dixerit, quod ſit tutrix quouſq; vixerit.

Rurſus examinandum occurrit, an, ſi teſtator expreſsè diſpoſuiſſet in teſtamento de tutela filiorum in fauorem vxoris, etiam ſi tranſiret ad ſecundas nuptias permanſura apud eandem, adhuc in ipſa poſſet perſeuerare, quantumuis tranſiret ad aliud matrimoniũ. Memini me de hac difficultate incidenter aliquid attigiſſe in *ſeptimo vol. ſub tit. Contractus XV. de matrimon. 5. prænot. 6. num. 7. in fine*, vbi relata opinione *Antonij Gomez in l. 14. Tauri num. 11. verſ. adde* aſſerentis non poſſe perſeuerare, ſed ipſo iure tutelam amittere non obſtante illa teſtatoris expreſſa diſpoſitione, dixi tunc me non audere pro tunc talem opinionem Gomeſij approbare. Nunc autem re attentius conſiderata arbitror, non obſtante illa expreſſa teſtatoris mente vxorem per illum tranſitum ad ſecunda vota amittere tutelam teſtamentariam ſub illo modo à teſtatore conceptam. *Gomez loc. cit., Ioannes Gutierez de tut. part. 1. c. 8. num. 88., Ruinus conſ. 87. nu. 10. vol. 5.* Ad hoc ſufficeret ratio ſecundo allata in præcedenti dubio, quod ſcilicet teſtator non poſſit diſponere contra expreſſam iurium diſpoſitionem per textum *in l. nemo poteſt ff. de legat. 1.*; Nihilominus ad pleniorem aſſertionis corroborationem hæc placet adducere, & primo ſuppono, quod antiquitùs Mater non poſſet dari tutrix in teſtamento per textum *in l. iure noſtro ff. de teſtam. tut. & l. fin. ff. de tut.*; Deinde, quod modo dari poſſit per textum *in d. l. iure noſtro*, ita tamen, vt duret ſolummodo durante viduitate per textum *in d. auth. Matri, & Auiæ, & auth. Sacramentum C. quando mul. tut. offic.*; ex quo infero, quod à iure antiquo non ſit receſſum, niſi quouſq; durauerit Matris viduitas, ergo eadem tranſeunte ad ſecunda vota tutela teſtamentaria finitur, & mulier impotens eſt ad illam detinendam iuxta diſpoſitionem iuris antiqui, quod viget tranſeunte vxore ad ſecunda vota, quia exceptio ab eodem iure antiquo ſolum locum habet perſeuerante vxore in viduitate. Secundo hanc addo rationem, quia maritus non poteſt remittere dolum rationabiliter præſumptum *Paulus de Caſtro in l. ſi vnus §. illud ff. de pact.*, hocque etiam videtur euinci per textum *in l. conuenire ff. de pact. dotal.*, lex autem priuans matrem tutela eo, quod tranſeat ad ſecunda vota, id præſtat propter fraudem, & dolum præſumptum, ergo maritus per illam diſpoſitionem teſtamentariam non poteſt valide illi cedere.

11 Etiam ſi teſtator expreſsè dixerit, quamuis tranſierit ad ſecunda vota.

Rationes pro hac opinione concludentes.

Neque hic audiendi ſunt *Baldus in c. ex parte M. num. 2. de appellat. & ibi Francus num. 2. notab. 3., Garronis in auth. eiſdem pœnis n. fin. C. de ſecundis nupt.* volentes illam fiduciam, quam maritus habuit de vxore, quamuis tranſierit ad ſecunda vota, purgare quamcunque ſuſpicionẽ, & ſicuti potuit quemcunq; etiam extraneum filiorum tutorem in teſtamento relinquere, ita etiam potuerit vxorem conſtituere cum illo iure durationis etiam poſt contractas ſecundas nuptias. Non, inquam, audiendi ſunt, quia gratis dicunt, quod fiducia teſtatoris poſſit purgare ſuſpicionem manifeſtam præ-

12 Fiducia teſtatoris non poteſt purgare ſuſpicionẽ manifeſtam præſumptione iuris.

ſump-

ſumptione iuris, cum ipſe nequeat remittere dolum à iure præſumptum per allegata iura præcipuè *in l.conuenire ff.de pact.dotal.*, &, quia hæc ſuſpicio eſt talis iuris præſumptione, ideo ipſo iure remouetur mater non expectata Iudicis ſententia per ea, quæ notant *Rafael, & Modernus in l. omnem C.ad Tertul.* Ad illud, quod ſubditur de poteſtate teſtatoris eligendi pro filijs quemcunque tutorem etiam extraneum, dicendum eſt hæc ſubſiſtere, vbi aliter non obſtant iura, & vbi aliquem ſuſpectum elegerit cognita ſuſpicione poteſt remoueri; cum autem in præſenti hypotheſi ſuſpectam habeant vxorem renubentem, & aduerſus ipſam ſtatuant priuationem tutelæ ipſo iure, nun eſt, cur ipſo iure non debeat intelligi priuata.

Non hic admittendam arbitror diſtinctionem, qua vſus fuit *Ruinus conſ.87. num.4.& ſeq. vol.5.*, hoc ſcilicet pacto,

13 Explicatur, & reijcitur diſtinctio Ruini.

nam vel vxor data fuit purè, & ſimpliciter tutrix in teſtamento, & durante viduitate vigore teſtamenti aſſumpſit tutelam, & ſic arbitratur, quod etiam contractis nuptijs perſeuerat tutris, & in hoc conuenit cum *Baldo in d.c.ex parte de appellat.*, vel non data fuit tutris purè, & ſimpliciter, ſed caſu, quo tranſiret ad ſecunda vota, voluit teſtator, quod eſset tutris filiorum ſuorum, & ſic durante viduitate eandem non aſsumpſit, licet pro illo tempore potuerit eſse legitima, & tunc arbitratur, quod per tranſitum ad ſecunda vota non poſſit eſse tutrix teſtamentaria, ſed ipſo iure priuetur iure, quod cæteroqui ad illam haberet. Rationem diuerſitatis in eo fundat, quod cum in primo caſu tutela teſtamentaria in ſtatu viduitatis fuerit aſsumpta, & valuerit, facilius conſeruatur eadem viduitate tranſacta, ſi teſtator voluerit durare; in ſecundo verò caſu, in quo ex mente teſtatoris tutela refertur in tempus ſecundi matrimonij, cum pro illo tempore iuribus obſiſtentibus non poſsit inchoare, per conſequens non poteſt in ea conſiſtere, & ſic facilius conſeruatur, quod validum habuit principium, quam illud, quod de nouo incohatur, & habet obicem in natiuitate. Non, inquam, admittendam arbitror, cum ex ſupra allegatis iuribus mater per tranſitum ad ſecunda vota non ſolum impediatur à ſuſcipienda tutela, ſed etiam eadem ſuſcepta priuetur ipſo iure, cum iurium priuantium eadem militet ratio tam pro ſuſceptione, quam pro priuatione, vt ex prædictis latè deducitur.

Ex occaſione prædictorum, ne alibi teneat hac controuerſiam cum ea, de qua hic agimus, maximè connexam examinare, placet hic inquirere, an mater

14 Matres renubentes priuantur etiam educatione filiorum.

renubens priuetur etiam educatione filiorum prioris matrimonij, ſicuti priuatur tutela? Et vtique etiam priuari educatione eorundem filiorum prioris matrimonij ſentiendum eſt, *Sanchez lib. 7. de matrimon.diſp.88.nu.16.*, *Ioannes Angelus Boſſius de matrim.contractu c.11.nu.269.*, *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part.1.c.8.nu.66.*, & nos etiam docuimus *tom.7.ſub tit. Contractus XV. de matrimon. 4.prænot.6.num.8.*, & expreſsè deducitur ex textu *in l.1. C. vbi pupil. educ. debeant, & in auth. vt liceat Matri, & Auiæ §. illud quoq, collat.8.*, & ratio aſsignatur *in l.lex quæ tutores §. lex enim C.de adminiſt. tut.*, quia ſcilicet eſt præſumptio, quod propter vehementem amorem erga ſecundum maritum non ſolum præiudicet rebus pupillorum, ſed etiam, quod eorum vitæ ſit inſidiatura, ergo, ſicuti ob præſumptionem fraudium in bonis remouetur à tutela, ita ob præſumptionem inſidiarum in vitam eorundem erit remouenda ab educatione ipſorum.

Sed, an matres renubentes priuentur ipſo iure educatione filiorum prioris matrimonij, an verò ad talem priuationem exigatur Iudicis ſententia diſſidiū

15 Sententia Sanchez aſſerentis non priuari ipſo iure, ſed tantum reddi ſuſpectas.

eſt inter DD., de qua latè *Sanchez de matrim.lib.7.diſp.88. à nu. 16. ad 22.*, vbi relatis hinc inde opinionibus, & reſpectiuè earundem rationibus, tandem ſentire videtur, quod per tranſitum ad ſecunda vota ipſo iure mater renubens non priuetur tutela, ſed dumtaxat reddatur ſuſpecta, adeo vt Iudicis officium ſit iudicare, an ſuſpicionis ratio ſit talis, attentis qualitatibus eiuſdem Matris, alijſque circunſtantijs, vt expediat, nec ne ipſam remouere. Sed contrarium nos docuimus *d.tom. 7. ſub tit. Contractus XV. de matrimon.4. prænot.6.n.8. verſ.diſputant hic ſolum* per textum *in auth. vt liceat Matri, & Auiæ §.illud quoque verb. cum venerit collat. 8.*, *Garronis rub. de ſecundis nuptijs in noua edit.num. 16. pæna 5.*, & ibi

16 Contraria ſententia præfertur.

rationes plurimas meo videri concludentes adduximus, quas non vacat hic repetere. Solum pro pleniori corroboratione ſenſus noſtri placet reſpondere ad rationes, quæ in contrarium afferuntur per *Sanchez loc. cit.* Fundatur primo *in l.1.C.vbi pupil.educar.deb.*, vbi,

17 Reijciuntur fundamenta Sanchez deſūpta ex l.1.C. vbi pupil. educ. deb.

cum textus dicat nulli pupilli educationem potius committendam eſse, quam Matri, addita conditione. *Si non vitricum eis induxerit* ſubdit *Quando autem inter eam, & cognatos, & tutores ſuper hac orta fuerit dubitatio, aditus præſes prouinciæ*

uinciæ inspecta personarum qualitate, & conditione perpende, vbi puer educari debeat. Circa hunc textum considerat primo Sanchez regulam generalem, quod pupilli potius sint educandi penes Matrem. Deinde considerat exceptionem, *si non vitricum eis induxerit*, vbi vidua supponitur iam secundo nupta, & postea dicit, quod in hac rerum serie illa vltima clausula *Quando autem inter eam &c.* referatur ad statum immediatè præcedentem, secundum quem fœmina intelligitur secundo nupta, & sic immediatè per ipsas nuptias mater non priuetur educatione filij, cum controuersia inter ipsos, & cognatos, & tutores referenda sit ad arbitrium Præsidis. Sed, si rectè, & attentius perpendatur hic textus, clarius apparebit per secundas nuptias immediatè matrem priuari tutela filiorum; nam nota, quod textus statuit potius demandandam esse educationem filiorum matri, quam alijs, addita conditione, *si eis vitricum non induxerit*, quæ conditio, cum importet formam, irritat ipso facto dispositionem, vbi illa forma non inductionis vitrici non fuerit apposita, per textum *in l. qui heredi 44. l. Mennis 55. ff. de condit. & demonst.*, *Tiraquel de retract. tit. 2. §. 2. glos. 1. num. 3. & 4.*, *Gutierez pract. lib. 1. q. 17. num. 11.*, vnde conditionalis dispositio affirmat conditione cedente, & deficiente negat *Angelus cons. 372. col. penult.*, *Cravetta cons. 344. nu. 4.*, *Boterius de inuest. feud. c. 5. n. 19.*; ex quo sequitur, quod

18 Quomodo intelligendus sit textus in d. l. 1. subsequens clausula, *quando autem inter eam, & cognatos &c.* non referatur ad eam, quando est secundo nupta, cum in eo casu sit ipso iure priuata, sed dumtaxat ad eam, quando permanet in statu viduitatis; potest enim contingere, quod moribus talis sit, vt suspecta esse possit, & per consequens possit remoueri, vt constat *ex l. 1. iuncta glos. verb. ex conditione, & l. si disceptatur 5. ff. vbi pupil. educ. deb.*, nec ambigendum est, hunc esse germanum sensum talis textus, quandoquidem est continuatio sermonis inter primam clausulam scilicet *Educatio pupillorum tuorum nulli magis, quam matri eorum, si non vitricum eis induxerit, committenda est*, & subsequentem *Quando autem inter eam, & cognatos, & tutores super hac orta fuerit dubitatio &c.*, & solum interponitur per modum exceptionis illa conditio, *si non vitricum eis induxerit*, & sic illa dispositio in secunda clausula refertur ad primam, secundùm quam mater potest esse tutrix, non ad exceptionem, secundum quam esse non potest; hancq; nostram explicationem clarius explicant verba textus *in auth. de nuptijs §. eisdem quoque collat. 4.* Ibi *Quoniam omnium Mater fide dignior ad filiorum educationem videbatur, dat ei, & hoc lex, nisi ad secundas accesserit nuptias, & in auth. vt liceat Matri, & Auia §. illud quoque collat. 8.* Ibi *Et si mater ad secundas non venerit nuptias, apud Matrem nutriantur*, vbi, cum semper fiat exceptio exclusiua secundarum nuptiarum per modum conditionis, vtique infertur ijsdem secundis nuptijs interuenientibus non posse esse in matre locum educationi filiorum, adeoque arbitrium Iudicis enuntiatum *in d. l. 1. C. vbi pup. educ. deb.* non referri ad casum illum contractarum secundarum nuptiarum, sed dumtaxat ad matrem viduam, quando in ipsa ex qualitatibus, & coniecturis potest esse suspicio, seu fundamentum rationabile eiusdem suspicionis; neque obstat id, quod subdit idem *Sanchez loc. cit.*, quod scilicet, si illa secunda clausula referenda esset ad matrem simplicitèr viduam, non posset esse lis inter eandem matrem, & cognatos, seu tutores supra educationem prolis, cum in tali casu viduitatis per textū *in d. l. 1. C. vbi pupil. educari deb. in princip.* iam clarè sit decreta tutela eidem matri viduæ exclusis cæteris cognatis, nec tale iudicium penderet à Iudicis arbitrio, quia vbi est expressa prouisio legis, non indigemus hominis prouisione, Non obstat, inquam, quia, vt supra innuebamus, possunt in matre vidua, & adhuc non transeunte ad secundas nuptias tales qualitates, & conditiones concurrere, quæ reddant ipsam non leuiter suspectam; in quo casu allegatis motiuis suspicionis, non est, cur cognati, & tutores non possint aduersus ipsam agere in iudicio ad eius remotionem, prout habetur *in d. l. si disceptetur 5. ff. vbi pupil. educ. deb.* Instantia proposita, & dissoluta.

Hæc, quæ dicta sunt circa prolis educationem transeunte matre ad secundas nuptias, quod scilicet ipsi sit deneganda, à fortiori locum habent, quando mater, quæ ad secunda vota transiret, succedere deberet in bonis eiusdem prolis, si decederet, puta, quia substitutio personalis ipsam excludens facta non est *Aimon consil. 18. nu. 3. vol. 1.*, *Albericus in l. 1. num. 3. C. vbi pupil. educ. deb.*, *Curtius Iun. cons. 94. num. 9.*, *Vincentius de Franch. decis. Neapol. part. 2. decis. 350.*, *Viuus decis. 16. nu. 3.*, *Surdus de aliment. tit. 4. q. 13. nu. 18.* Et ratio in fortioribus terminis deducitur ex iis, quæ mox dicemus, quod scilicet ob transitum ad secundas nuptias mater ipso iure priuetur educatione filiorum prioris matrimonij, quia est

19 A fortiori Mater bin nuba priuatur educatione filiorum, quando eisdem succedere deberet.

præ-

præſumptio iuris, & de iure, quod moliri poſſit, ſeu inſidiari vitæ pupilli ob vehementem amorem erga ſecundum maritum; hæc autem præſumptio a fortiori procederet, quando eadem mater haberet ius ſuccedendi; poſset enim ſemper eſse ſuſpicio, quod aduerſus eundem pupillum moliatur importunis vitrici precibus adducta, vt poſſet in hæreditate ſuccedere.

20 *Quantumuis Mater binnuba non eſſet excludenda, ſi non eſſet ſucceſſura, eſſet excludenda ſi ſucceſſura tantum eſſet in parte.*

Hic diſputant DD., an adhuc mater ſit priuanda educatione filiorum prioris matrimonij, quantumuis non ſit ſucceſſura in tota hæreditate eorundem, ſed dumtaxat in aliqua parte? Hæc difficultas non videtur locum habere iuxta noſtram ſententiam, ſecundam quam per tranſitum præciſè ad ſecundas nuptias priuatur educatione, ſiue ſit ſucceſſura, ſiue non ſucceſſura, vnde tantum diximus, quod, quando eſt ſucceſſura, à fortiori ſit excludenda, quod comparatiuum *à fortiori* ſupponit poſitiuum, ſcilicet quod etiam excludatur, quantumuis non eſset ſucceſſura. Loquendo igitur iuxta aliam ſententiam (*Curtius Iunior, & Vincentius de Franchis loc. mox citato* arbitrantur, quod, ſi eſset ſolummodo ſucceſſura in parte, non eſset excludenda ab educatione filiorum, quia tunc ceſsare videtur ſuſpicio. Sed merito eos impugnant *Surdus de aliment. tit. 4. q. 13. nu. 19., Gutierez de tut. ſecunda part. c. 8. nu. 23.* eo quia illa pars hæreditatis non immunem reddit matrem a ſuſpicione;

21 *Limita niſi pars illa eſſet modica.*

Limitarem tamen in caſu, quo pars hæreditatis, in qua mater deberet ſuccedere, eſset ita modica, vt non ingereret ſuſpicionem, quod ob rei exiguitatem eſset mater tam enorme facinus in perſonam filij perpetratura.

22 *Mater binnuba non eſt excludenda ab educatione intercedente Principis diſpenſatione.*

Ea, quæ hactenus dicta ſunt de negatione educationis liberorum apud matrem renubentem cum aliquibus limitationibus intelligenda ſunt; & primo, quando intercederet Principis diſpenſatio in fauorem eiuſdem matris; Princeps enim eſt ſupra quamcunque legem poſitiuam; ſecundo, quando alius idoneus, & aptus non eſset tali educationi, ne pupilli remanerent ſine vllo auxilio hominis ſub ſolius diuinæ prouidentiæ diſpoſitione, præcipuè præſtita congrua cautela, quod vtile filiorum mater curabit. Hæc colligo ex *Montano de tut. & curat. c. 15. n. 82. & ſeq.*

23 *Item, ſi non eſſet alius idoneus.*

PRÆNOTIO XIII.

Intra quodnam tempus mater, & auia teneantur tutelam aſſumere, ſi velint, ſeu petere tutorem, an, & ſub quibus pænis teneantur, ſi non aſſumant, & non petant, & an, & quomodo excuſentur.

SVMMARIVM.

Mater volens aſsumere tutelam filiorum tenetur aſſumere intra quatuor menſes, vel aliud tempus à ſtatuto præfixum. 1.

Diſpoſitio conſtitutionum Mediolani quoad tempus in Matre ſuſcipiendi. 2.

Conſanguinei omittentes denuntiare matri, an tutelam velit aſſumere, tenentur erga pupillos de ſuo. 3.

Neglecta per conſanguineos tali denuntiatione poſſunt Mater, vel Auia aſſumere tutelam. 4.

Si mater ſuperſtes ad maritum, eſſet mater aliquorum, non omnium ſecundum aliquos poſſet tutelam omnium aſsumere. 5.

Secundum veritatem tamen non poſſet aſſumere, niſi quoad eos, quorum eſt mater. 6.

Reſpondetur rationibus contrariæ ſententiæ. 7.

Facta denuntiatione per conſanguineos, ſi mater intra præfixum tempus non acceptet, non poteſt moram purgare. 8.

Mater, quamuis teneatur aſsumere tutelam intra quatuor menſes iuxta conſtitutiones Mediolani, habet tamen annum ad petendum tutorem. 9.

Mater tenetur aſsumere tutelam ſub pæna priuationis ſucceſſionis filiorum. 10.

Vitaret tamen talem pœnam, ſi intra tempus debitum alium peteret dari tutorem. 11.

Etiam priuatur ſucceſſione filiorum, ſi petierit non idoneum, & eodem dimiſſo, vel abiecto alium non petierit. 12.

Non ſufficit, quod tutorem petierit ad euitandam hanc pœnam, ſed requiritur, vt eumdem compellat ad adminiſtrandum. 13.

Sententia aſſerens ad euitandam hanc pœnam non teneri matrem compellere ad adminiſtrandum tutores teſtamentarios, & legitimos, ſed ſolum à ſe petitos. 14.

Probabilius tamen tenetur ad compellendos etiam teſtamentarios, & legitimos. 15.

Mater non exiſtente tutore teſtamentario, ſi aſsumpſit tutelam, & velit deponere, poteſt quemcunque voluerit nominare. 16.

Si adhuc non aſſumpſit, aperitur locus legitimo. 17.

Sententia aſſerens, quod, ſi mater vel auia recuſata filiorum tutela, nec petito tutore rectè adminiſtrarint bona filiorum, priuetur ſucceſſione. 18.

Pro-

Probabilius tamèn non priuatur. 19.

Si filius impubes, cui mater tutorem non petijt, factus fuerit pubes, & in pubertate decesserit, mater non intelligitur priuata successione. 20.

Sententia asserens, quod, si mater non petierit intra tempus tutorem, non priuetur legitima. 21.

Probabilius etiam priuatur legitima. 22.

Et etiam priuatur quibuscunq; de iure municipali sibi competentibus. 23.

Non tamen priuatur legato ipsi matri per maritum relicto sine vlla conditione. 24.

Quæ ex aduerso afferuntur procedunt, quando mater simul tutorem non petijt, & conuolauit ad secunda vota. 25.

Annus, intra quem mater tenetur petere filijs tutorem, incipit à die habita notitia mortis mariti. 26.

Nec valet paritas de anno luctus, qui incipit à die mortis, & quare. 27.

Annus in ordine ad hanc pænam debet esse completus. 28.

Superstite matre post annum ad petendum tutorem eidem concessum incipit alijs propinquioribus ad petendum post eundem annum matri concessum. 29.

Ipsa vero defuncta intra annum ipsi concessum ad petendum incipit alijs propinquioribus annus immediatè post eius mortē. 30.

Si mater intra annum non petierit tutorem, Anus pater eiusdem matris, non priuatur successione. 31.

Mater etiam priuatur successione, si intra annum non petierit curatorem filio insano, vel furioso. 32.

Etiam ventri prægnanti tenetur sub tali pæna curatorem petere. 33.

Sententia asserens, quod solummodo mater teneatur sub tali pæna curatorem ventri prægnanti petere, quando ventris nomine immissa est in possessionem bonorum. 34.

Verior tamen est sententia, quod teneatur petere, etiam si non fuerit immissa in possessionem bonorum. 35.

Non datur matri prægnanti annus ad petendum tutorem. 36.

Tenetur, quam primum potest, petere. 37.

Soluuntur nonnullæ instantiæ opposita. 38.

Non eximitur à pæna mater, si ventri prægnanti curatorem non petierit, quantumuis edito fœtu tutelam susceperit. 39.

Ad incurrendam pænam sufficit, quod mater non petierit ex incuria. 40.

In multis casibus mater excusatur à pæna, si tutores filijs non petierit. 41.

Primò ob mortem consanguineorum durante tempore luctus. 42. Et quomodo. Ibid.

Secundo ob ægritudinem matris. 43.

Item ob ignorantiam, absentiam, vel aliud simile impedimentum. 44.

Item, quando Pater est deportatus, seu bannitus non in perpetuum. 45.

Priuatur tamen, si non petat filijs curatorem, quando Pater bannitus, nec per se, nec per Procuratorem potest petere. 46.

Si Pater fuerit bannitus in perpetuum, mater sub pæna priuationis tenetur petere. 47.

Quando Pater bannitus potest impunè occidi secundum aliquos mater tenetur tutorem petere. 48.

Mater non petens filijs tutorem non priuatur successione eorundem, si fuerit minor 25. annis. 49.

Ampliatur secundum aliquos, etiam si mater post annum facta fuerit maior. 50.

Congruentius tamen ampliatio non est admittenda. 51.

Si mater minor intra annum ab obitu mariti facta fuerit maior, & non petierit tutorem secundum aliquos priuatur successione, si filij decesserint impuberes. 52.

Contraria sententia exponitur. 53.

Si mater maior effecta post annum à maioritate non petierit filijs tutorem probabilius priuatur, si illi decesserint in impubertate. 54.

Secus, si non fuerit elapsus annus à maioritate acquisita. 55.

Stante statuto reducente maioritatem ad 18. annum mater priuatur successione, si post annum à decimo octauo completo non petierit tutorem. 56.

Alij à matre, si fuerint minores, secundum aliquos non excusantur à pæna, si intra annum pupillis non petierint tutorem. 57.

Secundum alios non excusatur, iuuantur tamen ope restitutionis in integrum. 58.

Melius tamen excusantur à tali pæna. 59.

Mater septuagenaria secundum aliquos non excusatur ab hac pæna, si filijs tutorem non petierit. 60.

Secundum alios probabiliter excusatur. 61.

Excusatur item mater, si pupilli habeant tutorem testamentarium. 62.

Si pupilli habeant tutores legitimos aliqui excusant matrem à pæna, si illis tutorem non petierit. 63.

Alij non excusant, nisi intra annum apud Iudicem in actis declarauerit, se nolle esse tutricem. 64.

Excusatur mater, quando pupillo maximè interesset, quod tutor non peteretur. 65.

Excusatur mater non petens tutorem, si filij sunt non soluendo. 66.

Si filijs permanentibus impuberibus delata fuerit pinguis hæreditas, tenetur mater illis tutorem petere. 67.

Excusatur item mater, si degat in Montanis, nec habeat peritos, quos consulat. 68.

Excusatur item, si in loco, in quo degit, talis pæna non est in vsu. 69.

Nec requiritur, quod talis non vsus implicet contrarium vsum. 70.

Excu-

Excusatur mater, si fuerit in petendo tutorem filij præuenta. 71.

Excusatur item secundum aliquos, quando pupillus habet substitutum pupillarem. 72.

Sed congruentius non excusatur. 73.

Afferuntur rationes propriæ pro tali non excusatione. 74.

Mater prodigo secundum aliquos excusatur, si tutorem non petijt. 75.

Probabilius tamen non excusatur. 76.

Præcipuè, si matri prodigæ non fuerit interdicta administratio. 77.

Item excusatur, si pupillus esset obnoxius creditoribus. 78.

Excusatur item mater, si pater eandem scripserit hæredem, eamque remissa satisdatione rogauerit hæreditatem restituere filio facto puberi. 79.

Excusatur item, quando alij ex statuto, vel testamento ipsi in tutela præferuntur. 80.

Quando illi, qui præferuntur ex statuto sunt minores, & intra annum non fient maiores, mater filijs tenetur tutorem petere. 81.

Matre non petente intra annum, nec iuridicè renuntiante tutelæ, si auia intra alium annū non petierit, priuatur successione. 82.

Mater, si habuerit à marito tacitam facultatem secundo nubendi secundum aliquos excusatur, si filijs tutorem nō petierit. 83.

Probabilius tamen non excusatur. 84.

Mater non petens tutorem non excusatur, quantumuis vnus tantum extet pupillus, nec alij extent, qui eidem possint succedere ab intestato. 85.

Quid sentiendum sit, si mater non petierit, & ille, qui poterat eam excludere, in vita tacuerit, nec excluserit. 86.

Aliæ causæ excusantes remissiuè. 87.

Mater non solum priuatur, si non petat, sed etiam si petitum non idoneum remoueri non curauerit. 88.

Remoto, seu abiecto primo tutore secundum aliquos currit matri annus ad alium petendum. 89.

Probabilius non currit annus, sed debet statim, ac copiā iudicis habuerit, petere. 90.

Explicatur textus in l. 2. §. si mater vers. confestim ff. ad Tertul. 91.

Assignatur ratio, cur ad petitionem primi tutoris detur annus, non autem ad secundum, cum primus fuerit remotus, seu abiectus. 92.

Si plures fuerint dati tutores, & non omnes fuerint excusati, adhuc mater priuatur successione, si aliorum nomina non ediderit. 93.

Limita tamen in casu, quo alij non excusati, seu non reiecti essent sufficientes ad tutelæ munus. 94.

Idem dicendum est, si aliquis ex tutoribus datis defecerit. 95.

Si tutor à matre petitus, & à Iudice datus per inquisitionem incipiat esse suspectus mater non incidit in priuationem, si illum suspectum non fecerit, nec remoueri curauerit. 96.

Intellige, dummodo mater ignorauerit delicta, ob quæ incipit esse suspectus. 97.

Soluitur quædam instantia opposita. 98.

QVamuis Mater, & Auia ex genere suo non possint ad tutelam suscipiendam compelli per ea, quæ in præcedentibus commendauimus; ex suppositione tamen, quod velint assumere, non videtur eis libera potestas concessa differendi assumptionem ad quodcunque tempus, & propterea inquiritur, intra quodnam tempus teneantur assumere? Rursus quantumuis secundum se non assumentes tutelam filiorum nulli pænæ subijciantur; ex suppositione tamen, quod sint vocatæ ad aliquam successionem, seu lucrum in ordine ad bona filiorum videntur quoquomodo obligari, si non sub pæna damni propriè sumpta, saltem sub pæna eiusdem impropria, quatenus, si non assumant, amittant ius ad huiusmodi successionem, seu lucrum, & sic inquiritur, an re vera per non assumptionem huiusmodi ius ad successionem amittant? Sed, quia pæna quoquo modo sumpta non videtur incurri sine aliqua causa culpabili, ideò inquiritur, an, si extet aliqua causa excusans matrem ab assumptione tutelæ, excusetur etiam à pæna amissionis iuris ad huiusmodi successionem, & lucrum, & quænam sint huiusmodi causæ?

Rationes dubitandi circa titulum.

Assertio I. Mater volens assumere tutelam filiorum iuxtà facultatem ei datam in textu *in auth. vt liceat Matri, & Auiæ, & in auth. Matri, & Auiæ C. quando mul. tut. offic.* debet eam assumere intra quatuor menses, vel aliud tempus à statuto præfixum *Bartolus in l. tutor si petitus ff. de tut., & curatorib. dat. ab his, & in auth. Matri, & Auiæ in fin. C. quando mul. tut. offic., Alexander cons. 140. n. 5. lib. 1., & cons. 109. n. 2. lib. 3., Decius cons. 16. nu. 7., Marianus cons. 85. nu. 16., & seq. lib. 3.,* vbi asserit hanc opinionem esse communitèr receptam.

1 Tenetur assumere intra quatuor menses, vel aliud tempus à statuto præfixum.

Ratio ex eo deducitur, quia cum facultas data matri ad assumendam filiorum tutelam non existentibus tutoribus testamentarijs, quamuis respectu eiusdem sit arbitraria, sit tamen priuatiua quoad quoscunque alios legitimos, cum eos excludat, si velit assumere, mora in eadem suscipienda nimis esset noxia filijs, si eadem mater posset deliberationem, & assumptionem ad quodcun-

cunque tempus protrahere; ideo maximè congruum fuit, & rationi consentaneum, vt tempus ad deliberandum, & assumendum ad certum terminum coarctaretur; Hoc autem tempus iuxta diuersa locorum statuta diuersimodè statutum est, & in vnoquoque loco statutum patrium in hoc seruandum est; Quia tamen satis communiter, vel ex consuetudine, vel ex statutis in hoc frequenter conuenientibus regulariter seruatur tempus quatuor mensium, ideo diximus, quod intra quatuor menses, vel aliud tempus teneatur assumere.

Signantèr verò *in hoc dominio Mediolanensi per nouas Constitut. in titul. de tutel. & curis* sancitum est, quod aliquo decedente relictis liberis in eius potestate constitutis pupillis, vel adultis, non dato, vel nominato per eum in eius vltima voluntate tutore, vel curatore, superstite eorum, vel eorum alterius matre, vel auia viduis, teneatur ille, vel illi, cui, seu quibus tutela ipsa tanquam legitimo, seu legitimis deferretur de iure infra quatuor menses post eius defuncti mortem denuntiare Matri, vel Auiæ, non existente Matre vidua, an velint tutelam ipsam acceptare, & si infra mensem vnum post dictam denuntiationem suscipere voluerint, tunc eam accipiant seruatis in hoc seruandis. Si autem Mater, vel Auia intra dictum mensem non responderint, vel nolle acceptare dixerint &c. his casibus, & quolibet eorum locus sit legitimo, qui vbi absque legitima causa excusationis recusaret, compellendus est.

2 Dispositio constitutionum Mediolani in Matre quoad tempus suscipiendi tutelā.

Circa hanc specialem dispositionem municipalem huius dominij Mediolanensis plura contingunt in præsenti dubitari; & primo, an si ille, seu illi, cui, seu quibus tutela tanquam legitimo, seu legitimis deferretur de iure, intra illos quatuor menses omiserit denuntiare Matri, vel Auiæ, an velint tutelam acceptare, aliquam pœnam subeat, vel subeant, item elapsis illis quatuor mensibus, & non facta tali denuntiatione, currant alij quatuor menses ad talem denuntiationem faciendam, an verò possint eadem mater, vel auia immediatè non expectata alia denuntiatione assumere tutelam, an verò expiret ius tam in ijs denuntiare debentibus ad denuntiandum, quam in matre, & auia ad acceptandum, & sic aperiatur locus alijs legitimis? Secundo cum dicatur in textu *superstite eorum, vel eorum alterius Matre, vel Auia viduis* oritur ratio dubitandi, an, si fuerit superstes mater alicuius ex filijs prædefuncti, & non omnium, cum isti fuerint ex alia matre progeniti ex vi huius dispositionis facta prædicta denuntiatione hæc possit assumere tutelā quoad omnes, quantumuis ex se non progenitos, an verò solummodo quoad eos, qui ex ipsa nati sunt, & quoad alios detur locus legitimo tutori? Tertio, an, si per eos, quibus de iure competeret tutela, intra debitum tempus facta fuerit denuntiatio, & ipsa mater, vel auia intra mensem à iure præscriptum non responderint, nec decreuerint acceptare, possint, & quomodo purgare moram maximè re adhuc integra, quatenus interim non fuerit tutela decreta alteri legitimo?

Nonnullæ rationes dubitandi circa prædictam constitutionem.

In ordine ad primum asserendum primo existimo, quod, si ille, seu illi, quibus de iure competeret tutela, fuerint in mora culpabili ad denuntiandum intra illos quatuor menses à iure præscriptos, remaneant ipsi, & eorum bona obligata pupillo, seu pupillis, ac si illis expresse tutela decreta esset, ac si sua bona expressè obligassent, ita vt, si interim damna obuenerint ex illa mora, teneantur ex suo reparare. Rationem ex eo deduco, quia qui suo muneri culpabilitèr deficit in ordine ad alium, versus quem tenetur, obligatur ad ea omnia damna, quæ ex defectu adimplementi talis muneris oriuntur eidem, & in se assumit omnia onera, quę ad alium pertinerent, si suum munus compleuisset, sed, si facta fuisset denuntiatio intra debitum tempus, & mater assumpsisset tutelam, & damna inde obuenissent, mater obligaretur actione tutelæ ad eadem damna reparanda, & eius bona essent obnoxia pro reparatione eorundem, ergo ille, qui de iure tenebatur denuntiare, si ex mora culpabili denuntiationem omiserit, & inde damna obuenerint, tenebitur de suo eadem reparare, & eius bona erunt pro tali reparatione obligata. Confirmatur ex contextu *eiusdem constitutionis Mediolani in d. tit. de tutelis, & curis, quia, si casus euenerit, quod legitimo tutori de facto tutela non decerneretur, tamen iste perinde tenetur, & obligatus est, ac si expressè tutela decreta esset, ac si eius bona pro ratione reddenda, ac residuis, seu reliquis restituendis, ac alijs, pro quibus solent obligari tutores, obligasset;* sunt verba eiusdem textus, ergo etiam si casus obuenerit, quod matri, seu auiæ ex defectu denuntiationis culpabili non fuerit demandata tutela, ille, qui de iure tenebatur denuntiationem interponere, & defectu cuius non fuit demandata tutela, erit obligatus, ac si tutela esset eidem matri decreta, & per consequens ad omnia damna

3 Consanguinei, quibus de iure competit tutela, si omittant denuntiare Matri intra tempus prefixum obligantur de damnis.

lura deducta ex eadem constitutione.

damna inde proueoientia tenebitur, ex vulgari regula,quod, qui causa damni est,ad damnum teneatur.

4 Neglecta per consanguineos tali denuntiatione possunt Mater, vel Auia assumere tutelam, & quomodo.

Existimo secundo, quod illa omissio denuntiationis oon possit præiudicare iuri matris,& auiæ,quæ,vel poterunt ex se elapsis illis quatuor meosibus, vel intra illos quatuor menses velle tali tutelæ præfici, vel expectata denuntiatione intra mensem ab eadem posita se determinare ad eandem assumeodam. Ratio primæ partis ex eo desumitur, quia talis denuntiatio non præscribitur tanquam forma, sine qua conferri nequeat matri tutela, sed ad effectum, vt eadem mater legitimè certiorata teneatur intra certum terminum se determinare, & non protrahere deliberationem sub prętextu ignorantiæ in præiudicium filiorum, & interim occludere aditum alijs legitimis,ergo,quantumuis talis denuntiatio fuerit omissa, si ipsa,vel intra illos quatuor menses, vel eisdem elapsis intra mensem decreuerit assumere,& de facto assumpserit, validè assumpsisse censenda est,si alia requisita præstiterit, quia tunc adimpleta videtur mens constituentis, qui illum terminum,& denuntiationem præscripsit ad effectum, ne protraberetur assumptio. Ratio secundæ partis est, quia ex dispositiooe eiusdem constitutionis mater habet terminum mensis post denuntiationem ad se deliberandum, an velit tutelam suscipere,necne, ergo, quantumuis intra quatuor menses ex culpa agnatorum proximiorum non fuerit interpellata, seu non posita fuerit denuntiatio, si postea vel auctoritate Iudicis, vel alio modo fuerit interpellata, & requisita à die requisitionis, seu interpellationis mensem babebit ad se deliberandum, intra quem, si se deliberabit, tenebit tutela.

5 Si Mater superstes ad maritum esset Mater aliquorũ filiorum, & non omnium, sententia docens posse omnium tutelam suscipere.

In ordioe ad secundum sentiunt aliqui,quod,si mater superstes fuerit dumtaxat mater alicuius, vel aliquorum ex marito prædefuncto, & non omnium, cum isti fuerint ex alio matrimonio progeniti ab eodem prædefuncto seruatis, quæ ex hac constitutione seruanda sunt,possit tutelam omnium, seu curam assumere. Expresse dicunt colligi ex dispositione eiusdem constitutionis. Ibi- *superstite eorum,vel alterius illorum Matre*, & omnia, quæ ibi sunt disposita,referuntur ad hanc clausulam, nec ibi fit distinctio inter filios communes,& filios solum prioris mariti defuncti,ergo,cum indefinite disponat,quod superstite matre omnium, vel alicuius tantum ad eam tutela deferatur sine alia distinctione,vtique dicendnm est, quod deferenda sit quoad omnes; Nihilominus dicendum est, allegatum coostitutionum textum intelligendum esse singula debitè referendo, adeo vt seusus sit; si superstes sit mater omnium ipsa præferenda sit io ordine ad omnes, adeoque erga ipsam præstanda, quæ io tali constitutione percipiuntur; si verò sit mater

6 Secundũ veritatẽ tamen non posset assumere, nisi quoad omnes, quorum est Mater,

alicuius,vel aliquorum tantum in ordioe ad illos tantum sit præferenda; oec incongruè bæc explicatio inducitur, cum sit conformis iuribus vetantibus tutelam matribus binnubentibus, cuius vetationis ratio finalis est vehemens præsumptio iuris,& de iure,quod propter vebementem affectionem erga secundum maritum, & filios posterioris matrimonij sit præiudicium allatura filijs prioris; bæc autem ratio videtur æquè militare in præsenti hypothesi, quinimmo in fortioribus terminis, nam si assumeret tutelam filiorum tàm propriorum, quàm aliorum, quos maritus prædefunctus babuit ex alio matrimonio,esset fortis præsumptio, quod propter filios proprios esset neglectura curam aliorum, quinimmo istis allatura præiudicium, vt conditionem propriorum melioraret; Nec obstantea, quæ pro contraria opinione afferebantur,quaodoquidem illæ particulæ

7 Respondetur rationibus contrariæ sententiæ.

superstite eorum, vel alterius eorum Matre solum apponuntur ad inferendum, quod,vt tutela deferatur vxori mariti prædefuncti, requiratur, quod illa sit mater eorum, quibus vt tutrix assignatur, si etenim esseot filij ex eodem marito solummodo, quorum ipsa noo esset mater,certum est, quod eidem tutela ex vi huius constitutionis non esset committenda. Cæterum supposito, quod aliquorum sit mater, ipsi certè aperitur locus ad tutelam quoad ipsos, & sic iuxta dispositionem constitutionis est interpellanda, an eorum velit esse tutrix, nec aliter extenditur eadem dispositio in ordioe ad alios, quorum ipsa non est mater, cum non debeat fieri extensio contra dispositionẽ iuris communis,vbi lex ipsa municipalis expresse non extendit; quinimmo interpretatio ita fieri debet, vt minus, quam par sit,lædat idem ius commune, & ab hoc recipit passiuum sensum. Quod, si dicas, quod data hac explicatione per nouam constitutionem nihil induceretur diuersum ab eo, quod ius commune disponit,& sic frustranea esset huiusmodi constitutio in hac parte; cõtra statim impugnaberis,quia ad hoc vt constitutio non dicatur superflua,sufficit, quod aliquid leue vel addat, vel

minuat ab eo, quod ius commune dispo-nit; hæc autem constitutio bæc de nouo addit, quod præscribat modum, quo decernenda est huiusmodi tutela, hoc est per denuntiationem, & interpellationem faciendam per proximiores, quibus cæteroqui de iure deberetur, & sic impooit onus eisdem proximioribus iotercpellandi &c.

In ordine ad tertium probabilius arbitror, moram in ea hypothesi non posse

8 purgari *Beltraminus ad Ludouisium decis. 559. num. 10. vers. limitatur secundo*, *Montanus de tut. & curat. c. 18. nu. 22.*, *Angelus in §. sed quemadmodum Instit. ad Tertullianum nu. 6.*, *Salicetus in l. sciant C. de legit. hæred.*, qui, quamuis loquantur in terminis, quibus Mater, vel alij ad successionem pupilli adspirantes non petierint infra annum illi dari tutorem, possunt tamen ex identitate rationis trahi ad sensum nostræ opinionis, ex generali ratione, quod mora non possit purgari, quando res non est amplius integra, sed prouisio iam est facta a iure, vel ab homine per textum *in l. 2. §. confestim ff. ad Tertul.*, & sic sentiunt *communiter scribentes in l. in insulam ff. de verb. obligat.*; in hac autem hypothesi non acceptante Matre, vel Auia intra mensem a die denuntiationis positæ, lex ipsa prouidet de tutoribus legitimis, Ibi *Si autem Mater, & Auia intra mensem &c. locus sit legitimo*; & licet *Phylippus Portius comm. reg. & concl. lib. 5. c. 4. ampl. 9.* plures commendet, qui asserebant purgationem debere admitti re integra, puta non dato alio tutores; hos tamen improbat *Montanus de tut. & curat. c. 18. n. 22. in fine*, cum lex ipsa disponat de tutore legitimo. Limitarem tamen in casu, quo Mater ipsa ex iusta causa distulerit declarationem, & celeriter moram purgaret sic exigente æquitate.

Facta denuntiatione, & Matre intra tempus præfixum nõ acceptante, hęc non potest morá purgare.

Difficultas aliqua solummodo remanet circa id, quod dictum est in assertione, quod mater volens tutelam, debeat

9 ipsam assumere intra quatuor menses, dum communiter dicunt, quod, si ipsa nolit assumere habeat annum ad petendum tutorem idoneum, alioqui amittat successionem, quam habere posset in bonis pupilli iuxta textum *in l. 2. §. si mater ff. ad Tertul.*, si enim habet annum, si ipsa nolit esse tutrix, ad petendum tutorem, videtur quod, si ipsa velit, possit per integrum annum se declarare ad tutelam suscipiendam, Sed, si benè res perpendatur, non videtur in hoc esse aliqua oppositio; potest enim habere quatuor menses ad se declarandum, vel ad assumendum tutelam, vltra quos non possit amplius assumere, & simul habere annum ad petendum alium tutorem idoneum, cum bæc sint in ordine ad diuersos effectus; & si primum non adimpleuerit, solum priuatur iure ad tutelam, si non adimpleuerit secundum, priuatur etiam iure ad successionem. Deinde terminus ad assumendum tutelam est diuersus iuxta diuersitatem statutorum; quod, si potius dictum fuerit intra quatuor menses, quam aliud tempus, hoc est, quia ex consuetudine magis recepta in pluribus locis tale tempus attenditur.

Mater, quamuis teneatur intra quatuor menses assumere tutelam, si velit, habet tamẽ annum ad petendum tutorem, si nolit assumere.

Assertio II. Quamuis mater sub pæna absoluta, & propria non teneatur assumere filiorum tutelam, tenetur tamen assumere sub pæna respectiua, & impropria, quatenus, si non assumat intra tempus debitum priuetur iure ad successionem eorundem filiorum. Arbitror tamen, quod, si non assumpserit, intra tamen talem annum petierit, & curauerit dari tutorem idoneum eisdem filijs, euitet hanc pænam priuationis iuris ad successionem. In vniuersum in hanc consentiunt *Montanus de tut. & curat. c. 18. n. 1. & seqq. per totum*, *Decius in c. ex parte n. 6. de appellat.*, *Angelus in §. actionum num. 44. Instit. de act. & in §. sed quemadmodum num. 9. Instit. ad Tertul.*, *Ioannes Phylippus Porsius commun. reg., & conclus. lib. 5. nu. 4.*

10 Mater tenetur assumere tutelam sub pæna priuationis successionis filiorum.

11 Vitaret tamen talem pænam, si alium intra tempus debitum peteret dari tutorem.

Ratio ex eo deducitur, quod habetur *in l. 2. §. si mater ff. ad Tertul. & in §. sed quemadmod. Instit. eodem tit.*, vbi expreisè mater priuatur filiorum successione, si eis tutores non petierit. Cum autem *in auth. Matri, & Auia C. quando mul. tut. offic.* eidem matri concedatur posse tutelam filiorum accipere priuatiue quoad alios, sequitur, quod eadem successione priuatur, si nec ipsa intra tale tempus assumpserit, nec tutorem petierit, vnde ad talem pænam impropriam requiritur, quod vtrumque omiserit; & sic regula in assertione posita intelligenda est, quod mater teneatur sub illa pæna impropria, vel ad assumendum, vel ad petendum tutorem idoneum; Hoc etiam clarè habetur *in l. 2. ff. qui pet. tut. vel curat.*, vbi etiam ratio talis dispositionis adducitur Ibi *Mater enim expellitur legitima filij hæreditate quasi indigna existens accipere hæreditatem legitimam eorum, quibus tutorem constitui neglexerit*. Non potest autem dici neglexisse eis tutorem cõnstitui, si ipsa iuxta iuris dispositionem eandem susceperit.

Rationes pro hac resolutione.

Nec solum mater priuatur legitima filiorum hæreditate, si nec ipsa tutelam susceperit, & neglexerit eisdem petere tutorem idoneum, sed etiam, si peteret

oon

12 Etiam priuatur, si tutorē idoneum non petierit, vel eo dimisso alium non petierit idoneum.

non idoneum, & prauum, & eodem dimisso, vel etiam abiecto rursus alium non petierit, vel studiosè malos petierit; Hæc omnia habetur in Epistola Diui Seueri ad Vulpium Rufinum relata *in d. l. 2. ff. qui pet. tut. vel curat.* Ibi- *Ideo mater, quæ vel non petierit tutores idoneos filijs suis, vel prioribus accusatis reiectisque non confestim aliorum nomina ediderit, ius non habeat vendicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum.*

Circa ea, quæ dicta sunt in hac assertione, plura in præsenti contingunt dubitari; & primo, an sufficiat ad non priuandam matrem filiorum hæreditate, quod tutorem intra annum petierit, nominauerit, & dari curauerit, an verò etiam requiratur, vt eosdem compellat ad administrandam, & suscipiendam tutelam? Cui dubio breuiter occurro, asserens non sufficere, quod petierit vel nominauerit, vel dari curauerit, sed vlterius requiratur, vt curet exercitium tutelæ per electum assumi, & administrari. *Baldus conf. 479. proponitur lib. 3., Angelus in §. actionum num. 33. vers. quæro, quando Instit. de action., Montanus de tut. & curat. c. 18. n. 13. & 14.;* hocque expreisè habetur *in l. 2. §. si mater ff. ad Tertul.* Ibi- *Quod, si non compulit eos se immittere tutelæ? & cum plenum officium à Matre desideramus, & hæc ei curanda sunt, ne in hæreditate ei obstent.*

13 Requirietur ad euitandā hanc pœnam, vt tutorem petitum, & datum compellat ad administrandū.

Secundo circa hoc contingit dubitari, an solummodo teneatur compellere tutores a se petitos, & nominatos ad se immiscendum administrationi tutelæ, an verò etiam testamentarios, & legitimos, si adsint? Circa quod dubium *Marianus conf. 16. n. 28. lib. 2., Montanus de tut. & curat. d. c. 18. nu. 15.* asserunt communem esse opinionem, quod mater non teneatur compellere ad hoc tutores testamentarios, & legitimos, cum textus *in d. l. 2. §. si Mater ff. ad Tertul.* solum loquatur in ordine ad tutores per ipsam Matrem petitos, & nominatos, & etiam ratio hoc videtur suadere, eum etenim testamentarij, & legitimi, sint per testatorem, & per legem deputati independenter ab eadem matre, non videtur ius aliquod in ordine ad illos habere, cum ad eum spectet compellere, ad quem pertinuit electio; Non tamen ita libenter huic communi opinioni, si tamen communis est, adhærerem, sicuti, nec adhæret *Angelus in d. §. sed quemadmodum num. 7. Instit. ad Tertul.;* durum etenim mihi videtur, quod mater non ignara neglectus bonorum filiorum suorum in non exercita administratione quoad eadem per tutores testamentarios, & legitimos, possit tutò, & impunè acquiescere, & relinquere eadem bona indefensa, & obnoxia periculis, & dispersionibus, nec materna pietas pati posse videtur hoc filiorum damnum sine nota, & ratio exigere videtur, quod, sicuti ipsa alleuiatur in eo, quod à iuribus ius habeat successionis, in altero in fauorem filiorum aggrauetur, quatenus teneatur curare, ne filiorum bona negligantur, & disperdantur; & quidem, si attendatur causa finalis, ob quam iura obligant matrem ad compellendum tutores ad suscipiendam administrationem in actu exercito bonorum filiorum, conijcietur eadem vigere, siue in ordine ad tutores per ipsam matrem petitos, siue ad constitutos, vel per testatorem, vel per legem; hæc etenim causa finalis est fauor pupillorum, ne interim bona eorum non administrentur cum iactura; Ad plenum autem officium, quod desideratur in matre, per textum *in d. l. 2. §. si mater ff. ad Tertull.* pertinet curare, ne bona filiorum ex neglectu tutorum quomodocunque disperdantur. Ad hanc suam opinionem corroborandam adducit idem *Angelus loc. cit. Glosam in d. l. 2. §. si mater ff. ad Tertull., & in l. matris C. qui petant tut., & item textum in l. fin. C. eod. tit.,* sed tàm glosa, quam textus solum loquuntur in ordine ad tutores à matre petitos, qui propterea solum possunt quoad hoc vim habere, quatenus ex paritate rationis quoad ipsos fiat extensio.

14 Sententia asserens teneri solummodo ad euitandam hanc pœnam compellere tutorem à se petitum ad administrandū, non tutorem testamentarium, & legitimū.

15 Probabilius tenetur compellere etiam testamentarios, & legitimos.

Fundatur igitur congruentiùs, & fundamentaliter in materna pietate supposito iure ad successionem in bonis filiorum, ex qua pietate iura plenum officium in ipsa exigunt ad curandum, ne filij, & bona ipsorum remaneant indefensa, & sine administratore. Ad illud, quod ex aduerso afferebatur pro contraria sententia dicendum est, quod licet iura *in d. l. 2. §. si mater ff. ad Tertul., & in l. fin. C. qui pet. tut.* loquantur solum in terminis tutorum per matrem petitorum, fiat tamen eorum extensio ex fine a legislatoribus intento ob fauorem pupillorum; nec aliquod negotij facescit id, quod subditur, scilicet, quod ad eum spectet compellere, qui tutores cōstituit. Non, inquam, facescit, quia licet tutores, & curatores sint constituti, vel à lege, vel à testatore, iniunctum tamen est munus maternæ pietati supposito iure eidem collato ad successionem curare, ne filij bona neglecta remaneant, & indefensa, & sicuti, si nullus fuerit tutor à testatore, vel à lege constitutus, ad ipsam spectat idoneū pete-

Rationes pro hac resolutione.

Soluuntur rationes contrariæ sententię

re, & nominare, ita, si per testatorem, vel per legem fuerit inidoneus, vel negligens constitutus, ad ipsam spectabit, vel curare idoneum, vel negligentem compescere, &, cum eiusdem sit munus curare pupillorum suorum fauorem, parum referre posse videtur, quod ab vno, vel ab altero negligens fuerit constitutus, & propterea omnes tenebitur compellere.

16

Mater non existente tutore testamentario, si assumpsit tutelam, & velit deponere potest quemcũque nominare.

Tertio contingit dubitari, an mater non existente, vel non existentibus tutoribus testamentarijs, existentibus tamen legitimis teneatur petere, vel nominare legitimos, an vero possit ex libertate quemcunque etiam non legitimum nominare, & petere relictis legitimis? Circa hoc dubium aliqui distinguunt hoc pacto, vel quando mater nominat, vel petit, ipsa iam assumpsit filiorum tutelam; vel ipsa non assumpsit; si assumpsit, tunc dicunt, posse petere, seu nominare quemcunque voluerit dummodò sit idoneus, & rationem ex eo desumunt, quod in præcedentibus dicebamus iuxta mentem *Bartoli in l. si quis sub conditione ff. de testam. tut.* nempè, quod tunc ipsa non desinit esse tutrix, nisi quando Iudex alium dederit, & sic, quando ipsa est tutrix, non datur locus legitimo, & quando alius iam datus est a Iudice, cum tunc subrogetur loco matris, quæ alios omnes excludit,

17

Si non assumpsit aperitur locus legitimo.

& ipse eosdem excludit; si adhuc non assumpsit, nec velit assumere, subingreditur regula generalis, secundum quam non extante testamentario tutore datur locus legitimo. Hæc omnia videntur à paritate procedere ad normam eorum, quæ dicebamus supra *prænot. 11. sub assert. 13. vers. ex suppositione iam, quod mater binuuba*, in casu, quo mater nollet viduitatem seruare, sed transire vellet ad secundum talamum, in quo casu secundum præsentem distinctionem processimus, à qua, nec in præsenti hypothesi recedendum sentio.

18

Sententia asserens, quod, si mater, vel Auia recusata tutela, nec petito tutore rectè administrarint bona filiorum, priuentur eorum successione.

Quarto, contingit dubitari, an, si mater, vel Auia non acceptauerint filiorum tutelam, nec eisdem tutorem petierint, ipsæ tamen benè, & prouidè administrauerint bona filiorum, seu respectiuè nepotum, eximãtur a pæna priuationis successionis in hæreditate eorundem filiorum, seu nepotum? Negat *Montanus de tut. & curat. c. 18. num. 23.*, & ita seutire asserit suos iuris auctores, cum per talem administrationem non fit satis pupillis consultum; limitant tamen in casu, quo mater, vel Auia administrationem susceperit cum decreto Iudicis, licet alia solemnia requisita ad tutelæ susceptionem omiserint, & pro hoc allegat *Salicetum in l. sciant vers. quæro Mater C. de legit. hared. Abbatem cons. 90. lib. 2., Parisium cons. 86. n. 19. lib. 1., & cons. 84 nu. 7. lib. 2.* Affirmant verò plerique apud eundem Montanum ab eodem innominati, & vlterius *Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verbo Mater sub nu. 4. vers. decimosexto excusatur*, vbi etiam allegat *Rotam Romanam part. 9. recent. decis. 499. nu. 17.*

19

Probabilius tamen non priuantur.

Huic secundæ opinioni tutius adhærendum existimo, attenta causa finali, ob quam iura priuant matrem successione in bonis filiorum, quando intra annum, vel ipsæ non assumpserint tutelam, vel tutorem non petierint, quæ est, ne bona ipsorum filiorum remaneant obnoxia damnis ob defectum administrationis, sed hæc ratio non militat in præsenti hypothesi, secundum quam supponitur, quod mater ipsa prouidè, benè, & cautè eadem bona administrauerit, nec vllum damnum secutum sit filijs, quin potius vtile tale, quale eisdem prouenisset, si fuisset vel legitimè tutela assumpta, vel petitus tutor, ergo &c. Additur etiam, quod eadem mater sic administrando obligatur erga filios perindè, ac si tutelam legitimè susceperit

Rationes pro tali non priuatione.

Rota Romana in vna Romana redditionis rationis nu. 6. & seqq. apud Merlinum decis. 500., Socinus cons. 85. col. penult. post n. 8. vers. poterit ergo D. Margarita lib. 1., Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 16. n. 8., Pacificus de Saluian. c. 499., quia non debet esse melioris conditionis ille, qui de facto administrauit, ac ille, qui de iure *Mantica loc. cit. n. 4., Ciriacus controu. 282. nu. 25.* Additur vlterius, quod id, quod iura principalitèr respiciunt in compellendo ad quærendum tutorem est vltimato in finem administrationis, vndè in præcedentibus dicebamus, quod, si mater petierit, & nominauerit tutorem, qui non administret, seu cesset ab administratione, ipsa non eximatur a pæna priuationis successionis, eo quia iura parum curant de susceptione tutelæ, nisi ponatur administratio, quæ est ipsorum iurium præcipuum intentum, ergo, si posita fuerit administratio ex parte matris, ex qua nullum damnum pupillis, quin potius vtile fuerit subsequutum, non subiacebit pænæ priuationis quoad successionem. Hinc facilè erit respondere ad ea, quæ ex aduerso afferebantur, quod scilicet per illam administrationem de facto non videtur satis consultum pupillis; facilè inquam, quia, licet non sit prouisum iuridicè, fuit tamen in facto

Soluuntur contraria.

æqui-

æquiualentèr conſultum, & quoad effectum principaliter à iure intentum, quod ſatis videtur ſaltem ad euitandas pænas, ad quarum incurſum requiritur plena, & rigoroſa omiſſio eorum, quæ præcipiuntur; & licet dicatur, quod hæc non ſit pæna propria, ſed ſolummodò reſpectiua in ordine ad lucrum, nihilominus, cum importet priuationem, non niſi in caſu ſtricto debet intelligi.

Quinto contingit dubitari, an, ſi filius impubes, cui mater pro tempore impubertatis tutorem non petijt, factus fuerit pubes, & in pubertate deceſſerit,

20 Si filius impubes, cui mater tutorem non petijt, factus fuerit pubes, & deceſſerit, mater non intelligitur priuata ſucceſſione.

adhuc intelligatur mater priuata ſucceſſione eiuſdem filij facti puberis? Extant manifeſti textus excuſantes in hoc caſu matrem à pæna talis priuationis, & præcipuè *in l. Matres C. ad Senat. Conſult. Tertull.*, *& in l. ſciant C. de legit. hæred.* Si autem inquiratur ratio talis deciſionis? Eam præcipuè rationem aſſignant *Baldus, & Salicetus*, quod æquum non videatur, quod quis puoiatur in alio tempore ab eo, in quo deliquit, & quia illa mora purgatur ætate ſuperueniente. Addit vlterius aliam rationem *Montanus de tut., & curat. c.18.n.30.*, quod ſcilicet, cum filius peruenerit ad pubertatem, poteſt de ſua hæreditate teſtari, & non teſtando videtur relinquere matri, per textum *in l. ſi quis, & l. Conficiuntur ff. de iure Codic.* Hic tamen cum eodem *Montano loc. cit.* aduertendum eſt, quod, ſi alicubi iure municipali ſancitum ſit, quod ætas pupillaris protrahatur vſque ad decimum octauũ annum ætatis pupilli, & ante illum annum hic moriatur, non eximatur ab hac pæna priuationis mater, ſi tutorem eidem non petierit, prout etiam tenent *Ancharanus in c. canonum decreta col. ante penult. de conſtit.*, *Marantus in repet. l. is poteſt num. 192. ff. de acquir. hæred.*, & alij nonnulli ab eodem Montano allegati.

21 Sententia aſſerens, quod, ſi mater non petierit tutorem, nõ priuetur legitima.

Sexto contingit dubitari, an, ſi mater omiſerit intra annum filijs ſuis tutorem petere, priuetur etiam legitima in bonis eorundem filiorum? Negant plurimi, eo quod legitima non veniat ſub generali diſpoſitione, niſi de ea fiat expreſſa mentio, per textum *in l. ſi quando §. & generaliter C. de inoffic. teſtam.* Nihilominus contrarium docent *Montanus de tut., & curat. c.18. num. 10.*, vbi allegat *Baldum conſ. 140. lib. 1.*, *Marantam in repet. d. l. is poteſt num. 188. ff. de acq. hæred.*, & alios, quibus adhærendum ſentio, quia etiam reſpectu legitimæ dicitur ſucceſſio, ergò, cum priuetur qua-

22 Probabilius etiã legitima priuatur.

cunque ſucceſſione, hoc intelligendum eſt etiam quoad legitimam, & ratio eſt, quia iura non agnoſcunt æquitatem, vt mater ius habeat ad legitimam, & negligat filiorum curam; Neque obſtant ea, quæ pro contraria ſententia afferebantur, quandoquidem, dato etiam, quod legitima non veniat ſub generali diſpoſitione, & requiratur eius expreſſa, & determinata mentio, ex quo tamen in hac hypotheſi mater tanquam indigna repellatur à ſucceſſione, & ſit à iure priuata ab omni, ſiue ab inteſtato, ſiue iure ſubſtitutionis ſucceſſione, vt per textum *in l. omnem C. ad Senat. Conſult. Tertul.*, nec in legitima filij, nec in aliquo videtur poſſe ſuccedere, vt *in auth. de nuptijs §. ſi autem tutelam, & in l. Matres C. ad Tertul.*, *Baldus conſ. 140. lib. 1.*, *Portius com. regul., & concl. lib. 5. c. 4. ampl. 17.*, *Andreas Barbat. conſ. 67. circa fin. lib. 3.*, & *Maranta in repet. l. is poteſt num. 188. ff. de acq. hæred.*

Soluuntur rationes contrariæ ſententię.

Ex quibus etiam poteſt deduci, quod non ſolum mater non petens tutorem intra annum filijs impuberibus priuetur ſucceſſione, cæteroqui ipſi debita de iure communi, ſed etiam ea, quæ ei obuenire poſſet de iure municipali, prout rectè notant *Marianus conſ. 46. n. 2. lib. 1.*, *Pariſius conſ. 84. n. 26. lib. 2.*, *Portius commun. reg. & concl. lib. 5. c. 4. ampl. 17.*, nam iura priuantia ſucceſſione referuntur ad ſucceſſionem quocunq; iure debitam *Paulus Chriſt. ad leg. mun. tit. 19. art. 5. ſub num. 14.*

23 Et etiam priuatur quibuſcunque de iure municipali ſibi competentibus;

Septimo contingit dubitari, an Mater, quæ debito tempore filijs impuberibus tutorem non petijt, priuetur etiam quoad legata particularia prouenientia ex bonis patris, & non pupilli, veluti ſi Pater in ſuo vltimo teſtamento matri, & reſpectiuè vxori aliquid determinatum reliquerit ſine vlla exceptione, & limitatione? Negat ijs priuari *Montanus de tut. & curat. c. 18. num. 49.* vbi citat *Gloſam in l. ſciant C. de legit. hæred. & ibi Baldum in prima quæſtione*, *Salicetum in l. omnem C. ad Tertul.* addita ratione, quia in ijs non ſuccedit filio, a cuius ſucceſſione repellitur, ſed Patri, & pro his videtur militare textus *in l. fin. §. ſi verò maritus ff. qui petant. tut.* vbi dicitur, quod non perdat id, quod ei debetur ex teſtamento mariti; nec ijs aduerſatur textus *in d. l. ſi eſſet C. de legit. hæred.*, vbi dicitur, quod ſit deneganda Matri, quæ tutorem non petijt intra annum omnis, ſiue ab inteſtato, ſiue iure ſubſtitutionis ſucceſſio; non, inquam, aduerſatur, quia, vt benè notat *Gloſa in d. l. ſciant in addit.* hic textus loquitur de ſubſtitutione directa, per quã

24 Non tamen priuatur legato ipſi Matri per maritum relicto ſine vlla conditione.

pu-

pupillo deberet succedere, & per consequens ea priuatur, si tutorem non petijt; textus autem *in d. l. fin. vers. si verò maritus*, loquitur de substitutione fideicommissaria, per quam succeditur defuncto, qua non priuatur; atque huic opinioni tutius adhærendum existimo propter iura, & auctoritates, quibus innititur; atque iuxta hunc sensum arbitror procedere omnes eos, qui docent Matrem non petentem tutorem filijs nō priuari fideicommissis intelligendo, scilicet de fideicommissis, seu substitutione fideicommissaria, qua succedit non filio, sed marito defuncto.

Solum aduersus ea, quę hic dicuntur, obstare videntur illa, quæ diximus *tom. 7. sub tit. Contractus XV. de matrimon. 4. prænot. 6. num. 10.*, nempe, quod Mater transiens ad secunda vota, antequam à Iudice tutorem filijs petierit, contrahat omnes pænas, quæ a iure statutæ sunt contra viduam festinanter transeuntem ad secundas nuptias intra annum luctus,

Soluuntur nonnullæ instantiæ aduersus hanc resolutionem.

prout etiam docent *Sanchez lib. 7. de matrimon. disp. 88 num. 13., Ioannes Angelus Bossius de matrimon. contract. c. 11 num. 270.* per textum *in auth. de nupt. §. si autem tutelam, & in auth. eisdem pænis C. de secundis nupt.*; inter pænas autem fæminarum festinanter intra annum luctus transeuntium ad secunda vota, hæc enumeratur, vt amittat quodcunque sibi à priori marito proueniens per textum *in l. 1. C. de secundis nupt.* Sed facilè responderi potest huic obiecto, si dicatur, quod priuetur, non quia præcisè non petierit tutorem, sed cumulatiuè, & quia non petierit, & quia ad secunda vota conuolauerit eodem non petito, quæ duo simul coniuncta maiorem pænam inducerent, ac inducat sola non petitio tutoris, quæ solum inducit priuationem successionis in bonis pupilli, non eorum, quæ a Patre obueniunt per textum *in d. l. fin. vers. si vero maritus ff. qui pet. tut.* Iuxta hanc explicationem

25

Quæ ex aduerso afferuntur, procedunt, quando simul mater non petijt tutorem, & conuolauit ad secunda vota.

conciliare arbitror ea, quæ in diuersis locis asserit *Montanus*, quæq; sibi directè obuiantia videntur; & primo ea, quæ docet *c. 15. num. 91. & 92.*, nempè quod mater priuetur omnibus legatis, & fideicommissis sibi obuenientibus à viro, & patre pupilli relictis, & pariter donationibus causa mortis; secundo ea, quæ docet *c. 18. num. 49. & 50.*, vbi quod non prohibetur Mater ob non petitum tutorem legata petere, nec repellatur à iure substitutionis fideicommissariæ per iura, & DD. quę, & quos ibi allegat; quandoquidem dicendum est, ne admirtatur sibi simpliciter contrarius, quod ea, quę primo loco docet, procedant, quando non petito tutore ad secundas nuptias conuolauit, quia duo cumulantur delicta, quæ propterea exigunt maiorem pęnam; ea verò, quæ secundo loco asserit, procedant dumtaxat, quando præcisè intra annum non petijt tutorem, cum tunc vnum tantum delictum interuenerit. Ratio autem, ob quam in primo casu non solum priuetur successione, quæ est directè à filio, sed etiam successione fideicommissaria, quæ est à marito defuncto; in secundo autem casu priuetur solum successione directa, ea meo videri est, quia in primo non solum defecit erga filium non petendo tutorem intra tempus à iure præscriptum, sed etiam erga primum maritum, cui secundo nubendo quodamodo iniuriam intulit; in secundo verò solum filio videtur præiudicium quodamodo intulisse negligendo per se, vel per alios, quos non petiuit, eiusdem curam, adeoq, &c.

Octauo contingit dubitari, à quonam tempore incipiat ille annus, intra quem Mater tenetur petere tutorem filijs suis, & non petendo priuetur successione in 26

Annus, intra quē Mater tenetur filijs petere tutorem, incipit à die habitæ notitiæ mortis mariti.

bonis eorundem filiorum? Respondendum est, incipere a die non obitus mariti patris eorundem filiorum, sed habitæ notitiæ mortis eiusdem mariti, & respectiuè Patris. In hoc ferè omnes conueniunt, nec vllum disceptantem inueni, & ratio est, quia annus est determinatus à iure, vt mater posiit commode eisdem filijs de idoneo tutore consulere, & contra non prouidentem intra tale tempus statuta est pæna priuationis quoad successionem in bonis eorundem filiorum; a pæna autem non videtur currere aduersus ignorantem, quæ pro tempore, quo non nouit mortem mariti, non nouit onus suum consulendi eisdem filijs; Neque obesse possunt ea, quæ dicta sunt 27

Non valet paritas de anno luctus, qui incipit à die mortis, & quare.

tom. 7. sub tit. Contractus XV. de matrim. 4. prænot. 3. num. 5., nempe, quod annus luctus, pro quo vidua prohibetur nubere sub pænis a iure statutis, non incipiat solummodo à die scientiæ mortis prioris mariti, sed immediatè a die obitus eiusdem, prout notat Glosa *in l. si qua mulier verb. festinatione C. ad Senatus Consul. Tertul.*, & espreisè colligitur ex testu *in l. Genero ff. de his, qui not. infam.* Ibi- *Sed cum tempus luctus continuum est, merito, & ignoranti cedit à die mortis mariti*, ergo etiam tempus, seu annus ad petendum tutorem pro filijs respectu matris incipere debet non a die scientiæ, sed à die obitus primi mariti; Non, inquam, obesse possunt, quia dispar omnino est ratio de anno luctus in ordine ad contrahendas

das

das secundas nuptias, ac de anno in ordine ad petendos tutores pro filijs; diuersitas in eo consistit, quia, quantumuis mulier habuerit scientiam de morte mariti non nisi post aliquod tempus (intra tamen annum), habita tamen tali scientia de morte mariti debet intra annum continere incipiendo non à die scientiæ, sed à die mortis mariti, quia a tali die incipiunt fundamenta rationū, ob quas abstinere debet ab alijs nuptijs, nempe iniuria, quæ irrogaretur primo marito, ingratitudo erga ipsum, impudicitia, & cætera, quæ in hoc considerantur a iuribus, & scientia mortis eiusdem primi mariti superueniens ex interuallo non est ratio, propter quam impediatur a futuris nuptijs, sed honor, & reuerentia primo marito debita sunt causa formalis, & finalis talis impedimenti, & hic, seu hæc incipit obligare a die, qua ipse primus maritus mortuus est; vnde scientia ipsa est tantummodo causa, seu conditio applicans, quæ refertur ad tempus mortis, non causa impediens solummodo ex tunc; Hæc autem considerari non possunt in anno in ordine ad petendos tutores pro pupillis, erga quos non potest obligari, nisi habita scientia obligationis, adeoque mortis primi mariti, eorum respectiue Patris, & hæc obligatio respicit onus de futuro, cum sit in ordine ad prouisionem ponendam, obligatio verò non nubendi respicit debitum in ordine ad primum maritum radicatum de præterito, qui à die obitus habet ius, ne illi inferatur iniuria per cōcubitum vxoris cum alijs. Dici etiam potest, quod obligatio non nubendi intra annum luctus ob obitum primi mariti sit de mera omissione, seu de actu negatiuo, qui obligat ipso facto sine actu positiuo, & sine hominis ministerio; obligatio vero petendi tutorem filijs impuberibus est de actu positiuo exigente hominis ministerium, adeoque mirum non est, quod prima incipiat currere à die, qua incipit causa prohibitionis, quæ est honor debitus primo marito incipiens à die obitus eiusdem; secunda verò non incipiat currere, nisi à tempore, quo mater obligata ad operandum potest operari; hoc autem tempus incipit à die, quo vxor incipit habere scientiam de morte mariti, ante quam non potest operari.

Rationes talis disparitatis afferuntur.

Circa hunc annum, intra quem mater tenetur filijs petere tutorem idoneum, duæ potissimum oriuntur rationes dubitandi, Prima est, an ad incurrendam pœnam priuationis annus debeat esse cōpletus, quo Mater tutorem non petijt, an verò sufficiat, quod sit propinquus termino, adeo vt, si filius impubes deficiat ante tres, vel quatuor dies ab anno completo, mater priuetur successione eiusdem? Secunda est, an eum non solum Mater teneatur intra annum filijs suis tutorem petere, sed etiam alij, qui habeant ius successionis in bonis filii, puta Auia, vel alij in gradu propinquiores, annus distinctus sit singulis computandus, adeo vt, si mater non nominauerit, vel defecerit sine petitione, seu nominatione post annum illi assignatum, incipiat currere annus distinctus pro alio proximiori, & sic successiuè, an verò ille idem annus intelligatur assignatus pro omnibus; an tandem pro sequentibus in gradu incipiat annus ad petendum tunc, quando defecit propinquior in gradu etiam intra annum eidem assignatum?

Variæ rationes dubitandi circa hunc annum, quo Mater tenetur filijs tutorem petere.

In ordine ad primam sentiendum arbitror, regulariter loquendo, quod, si pupillus ante annum completum matri assignatum ad petendum pro ipso tutorem defecerit, eadem mater non priuetur iure successionis in bonis eiusdem filij præfuncti *Alexander cons. 185. nu. 10. lib. 6.*, *Marantus in repet. l. is potest nu. 189. ff. de acquir. hæred.*, *Iacobus Phylippus Portius commun. concl. lib. 5. c. 4. ampl. 14.*, *& fallent. 4.*, *Montanus de tut. & curat. c. 18. num. 32.* Ratio ex eo deducitur, quia pœna alligata ex dispositione iuris certo tempori non debetur ante tempus, cum pœnæ, vtpote odiosæ sint restringendæ, ergo, cum iura annum præscripserint Matri ad petendum pro filijs tutorem sub pœna amissionis iuris ad succedendum, hæc pœna non debebitur, nisi elapso integro anno à iure præsignato. Dixi *regulariter loquendo*, propter nonnullas exceptiones quas statuunt *Montanus*, *& Sabellius loc. cit.*, & primo, quando terminus anni fuerit vel à Iudice, vel à statuto abbreuiatus; secundo, quando Mater ita distulit ad finem anni petitionem, vt non potuerit intra annum perficere, & pupillus interim sit mortuus, & ad hoc allegatur textus *in l. sciant C. de legit. hæred.*, *Marantus in l. is potest nu. 232. ff. de acq. hæred.* In his enim duobus præcipuè casibus, quamuis annus integer non fuerit elapsus, adhuc tamen mater, quæ tutorem non petijt, successione priuatur.

28 Annus in ordine ad hanc pœnam debet esse completus.

Pœna non debetur ante tempus præsignatū.

In ordine ad secundam distinguendum existimo; vel etenim est sermo de Matre, vel alio propinquiore in gradu, dum superstites sunt post annum designatum ipsis ad petendum tutorem, vel eisdem defunctis in anno eisdem statuto

ad

ad tale munus exequendum; Iuxta primum sensum existimo, non currere annum præscriptum Matri ad petendum tutorem filijs alijs proximioribus in gradu, dum adhuc superstes est mater, quæ non petijt, sed elapso anno matri præsignato alium annum eisdem proximioribus incipere *Glosa in l. nepotibus, & ibi Bartolus*, qui dicit eam glosam notabilem, & *Baldus*, qui eam dicit singularem *C. qui petant tut. Glosa in l. 2. in glos. vlt. in fin., & ibi Bartolus col. vlt. ff. eod. tit., & in l. sciant in verbo denegandam C. de legit. hared., Oldradus cons. 137. plures sunt col. 2. vers. quinto videtur expressum*, & ratio est, quia succedentes in gradu non possunt velle cum effectu per textũ *in l. si filio §. contra tabulas ff. de inoffic. testam. & in l. si filius §. cum filia ff. de bon. lib.*, & si quæ iura in contrarium afferantur, procedunt dumtaxat, quando iura deferuntur pluribus secundum gradum, idest quæ in solidum competunt ijs, qui sunt in eodem gradu, quia tunc omnes simul possunt intra eundem annum, qui omnibus æquè primo currit, petere, & nominare, prout late explicat *Tiraquel de retract. conuent. §. 2. glos. & vnica nu. 82.*

29 Superstite Matre post annũ ipsi concessum ad petendum tutorem, eoq; non petito incipit alijs annus ad petendũ post talem annum.

30 Iuxta secundum sensum arbitror, quod defuncta Matre intra annum, in quo de iure tenebatur filijs tutorem petere, statim a die mortis incipiat annus currere ad petendum alijs proximioribus in gradu, *Marianus cons. 18. num. 3. & 4. lib. 2., Montanus de tut. & curat. c. 18. n. 8.*, & ratio est, quia defuncta Matre tunc immediate currit tempus proximioribus sicuti ad ius successionis, ita ad onus petendi tutorem &c. Quamuis autem pro vtraque parte dicta firmis adhæreant fundamentis, non improbabile tamen crederem pro eodem anno, qui currit Matri posse alios proximiores petere, & nominare tutores pro pupillis, in quorum bonis ius habent succedendi, non ad effectum, vt eorum petitio æque primo locum habeat cum illa matris, sed vt eadem matre non petente intra debitum tempus, vel decedente, tunc vim incipiat habere; ad hoc tamen teneri non arbitror iuxta superius dicta.

Ipsa vero Matre defuncta intra talem annum incipit alijs annus post eiusdem mortem.

31 Hic aliam excitat difficultatem *Bartolus in l. quid ergo §. si quis alieno ff. de his qui not. infam.*, an scilicet, si Mater fuerit exclusa a successione filij eo, quod intra annum non petierit tutorem pro eodem, intelligatur ex hoc eodem capite Auus, qui eandem matrem respectiuè filiam suam habet in potestate, exclusus, & concludit affirmatiue, ea forte motus ratione, quod, cum filiam habuerit in tua potestate, eam debuerit ad tutorem filijs petendum promouere. Contrarium tamen asserit sentire *Baldum Portius commun. concl. lib. 5. c. 4. concl. 4. vers. sub limitat. 2.*, atque huic secundæ opinioni libentius adhærẽdum existimo, eo quia, sicuti mater, quantumuis sub patria adhuc potestate existens potest esse filiorum tutrix independentèr à voluntate patris, quia hoc est officium publicum, ita ad ipsam spectat independentèr ab eadem Patris voluntate, vel tutelam assumere, vel intra debitum tempus alium tutorem petere, & omissio petitionis nequit Patri imputari.

Si mater intra annum non petierit, Auus eius Pater non priuatur successione nepotem.

Nono contingit dubitari, an mater iure etiam ad successionem priuetur, si intra annum non petierit curatorem filio insano, vel furioso, & etiam impuberi in casibus, in quibus eidem dari possit, eo quod tutor legitimus non sit idoneus? Affirmatiuè respondendum existimo, prout etiam affirmant *Maranta in repet. d. l. is potest num. 226. ff. de acquir. hared., Montanus de tut. & curat. c. 18. num. 11.*, & ratio ea videtur esse, quia licet iura tantum loquantur expresse de matre non petente tutorem filijs impuberibus, eadem tamen ratio militat quoad Matrem non petentem filijs amentibus, & furiosis, & impuberibus in casu, quo indigent eodem, curatorem, per textum *in l. 1. ff. qui pet. tut. & in l. 2. §. quid si curatores ff. ad Tertul.*; hæc etenim ratio est, ne illij careant debito subsidio, quo æque indigent puberes furiosi, & mente capti, & etiam impuberes in casibus, in quibus &c. Huc tamen vnum hic aduertendum est, quod, si filius factus fuerit pubes, & sit mentis compos, mater eximatur à pœna huiusmodi priuationis, si eidem curatorem non petierit, quia ipse filius sibi, si ita res exigat, debet curatorem petere per textum *in l. 1. & l. si matres ff. qui pet. tut.*, nec adultus inuitus potest compelli ad tutorem sibi ab alijs petitum recipiendum, prout infra latè trademus.

32 Mater etiam priuatur successione, si intra annum non petierit curatorem filio insano, seu furioso.

Decimo contingit dubitari, an, si mater non petierit curatorem ventri prægnanti, amittat ius ad successionem eiusdem? Antequam ad resolutionem præsentis difficultatis deueniam, recolo ea, quæ dixi *sub hoc eodem volumine de tut. & curat. pranot. 1. in explicatione super illam particulam in capite libero iuresolut. primi dubij, & pranot. 7. assert. 5.* nempe, quod ventri etiam prægnanti possit tutor constitui; quo supposito non video, cur etiam mater non teneatur eidem tutorem petere, sicut & filijs impuberibus; Quia tamen communior fert sententia, vt ibidem notabamus, quod ventri præ-

33 Etiam ventri prægnanti tenetur tutorem, seu curatorem petere.

gnanti

gnanti non possit tutor, sed dumtaxat dari curator, ideo sub terminis eiusdem cnmmunis opinionis difficultatem hanc examino. Et certè indubitati iuris videtur, quod mater teneatur ventri prægnanti curatorem petere sub pæna priuationis iuris ad successionem *Baldus in §. impuberes num.4. Instit. de Attil. tut., Ioannes Andræas ad specul. tom.1. tit. de tutore vers. nunc dicendum est sub nu.10. verb. administrent, Nicolaus de Vbald. secunda part. vers.3. principalitèr nu.10., Stephanus Gratianus discept. for. c.71. in princip.* Expressè colligitur *ex l.2. §. si mater vers. quod si cum prægnans esset ff. ad Senat. Consult. Tertul. iuncta glosa in princip. Instit. ad Tertul. sub verb. ratio*, hocque ea ratione induxit Antonius Pius, quia, cum nouerit mulierum genus auarissimum esse, ad promouendas matres, vt operam liberis darent, indulsit vt venirent ad successinnes filinrum, ea conditinne, si bonis ventris sui prægnantis curatorem petierint.

Circa ea, quæ dicta sunt sub hoc dubio nonnulla alia veniunt discutienda, & primo, an hæc verificentur dumtaxat, quando ipsa Mater ventris sui prægnantis nomine immissa est in possessinnem bonnrum, an verò etiam, si non fuerit immissa. Secundo, an matri etiam ad petendum curatorem ventri detur annus, sicuti datur ad petendum tutorem filijs impuberibus, an verò minus tempus. Tertio, an, si mater, quæ ventri curatorem non petijt, si postea edito in lucem partu tutelam susceperit, excusetur à pæna priuatinnis qunad successinnem eiusdem. Quarto, an ad incurrendam hanc pænam priuatinnis requiratur, quod Mater scienter, & de industria omiserit curatorem petere, an verò sufficiat, qund ex incuria omiserit.

In ordine ad primum nonnulli apud *Ansaldum cons.101. nu.1.* asserunt, qund

34 Sententia asserens, quod tunc tantum ventri prægnanti teneatur Mater curatorem petere, quando est immissa in possessionem bonorum

tunc Mater teneatur curatorem bonis ventris prægnantis petere, quando ventris nomine in possessionem bonorum viri fuit immissa per textum *in l.1. § quoties ff. de vent. in possess. mittend.* vnde, si non fuerit immissa in possessinnem, nec curatorem petierit, non videtur tali iure priuari, quod videtur etiam sensisse *Ioannes Gatierez de tut. & curat. part.1. c.16. n.50.* pro qun refert *Gregorium Lopez in l.11. in glosa in pinea guardador*; cnnsulit tamen idem Gutierez ad effugiendas npininnes cnntrarias, vt Mater prægnans petat dari intra annum curatnrem bonis, & ventri, licet quoad hoc secundum de curatnre ventri dando asserat non esse sub pæna priuationis successionis, si non petierit; sentit enim cũ *Ioanne Andræa in addit. ad Speculat. tit. de tutore §. nunc dicendũ in addit. fin.* leges requirentes, quod Mater ventri prægnanti curatorem petat, intelligendas esse de curatore dando bonis, non ipsi ventri, & in hoc sensu intelligit textum *in l.2. §. si mater vers. quid si cum prægnans ff. ad Tertul.* His tamen non obstantibus communior, & tutior fert sententia, quod etiam si Mater ventris nomine non fuerit immissa in possessionem bonorum, priuetur successione, si curatorem non petierit *Baldus in d. §. impuberes Instit. de Attiliano tut. n.4., Ludouicus Bologninus ad Matthæum Matthesilan. secundo sit princip. num.3., Odofredus de curat. bon. dand. num.8., Franciscus Vivius decis.364. considerandum in medijs occupationibus num.1.*, nec incongrua quidem ratione hoc decernitur, quandoquidem ad hoc Matres vocantur ad successionem, vt rebus ventris prægnantis tonsulant, adeoq;, si non consulant per petitinnem curatoris, vocatæ non sunt censendæ;

35 Tenetur tamen etiam si non fuerit immissa in possessionem

In ordine ad secundum censendum est, non dari annum ad petendum curatorem ventri, sicuti datur ad petendum tutorem pupillis *Baldus in l. Matres 3. n.7. ad fin. C. ad Tertul., Paulus de Castro consil. 147. postpositis auctoritatibus DD. n.1. vers. vnum alind est, Baldus cons.431. iste casus rarissimè de facto contingit num.1. vol.2.* Ratio ex eo deducitur, quia, si daretur annus ad curatnrem ventri petendum, frustranea esset huiusmodi prouisio, cum ventrem prægnantem experientia doceat per annũ non portare, vt *in auth. de restitutione, & ea, quæ parit §. fin., Angelus Aret. in §. actionum nu.52. Instit. de act., Stephanus Gratianus discept. for. c.72. n.4.*, vnde cnngruè docent satis cnmmuniter, quod mater cnnfestim, & quamprimum poterit, teneatur ventri curatorem petere *Baldus d. cons.432. num.1. vers. certè, si cum prægnans est, Nicolaus de Vbaldis in tract. de succes. ab intest. secunda part. vers. tertio principalitèr num.10.*, atque prn hac resolutione plures adducit rationes *Ansaldus cons.101. à nu.4. ad plures sequentes*, quem tu recole. Difficultas snlummodo aliqua quoad hoc videtur vrgere circa id, quod ex mente aliquorum supra dicebamus, nempe quod curator nullatenus ventri, sed bonis petatur, adeoque nnn militat ratio assignata, qnod venter per annum non portet; cum bona, quibus curator assignari debet, vltra annum egeant congruo subsidin, & per consequens curatore. Sed hæc difficultas nos nnn premit, cum diximus, ne dum bnnis, sed etiam quinimmò magis ventri curatorem esse petendum, quod etiam signan-

36 Non datur Matri annus ad petendũ curatorem ventri prægnanti.

37 Tenetur, quam primum potest, petere.

ter considerauit *Bartolus conf. 30., Vanscutius Titij nu.2. lib.1.*, dum dixit, quod,

38 Soluuntur nonnullæ instantiæ oppositæ.

si mater negligens fuerit, quia fortè per plures menses a morte mariti stetit prægnans, non possit succedere per textum *in l.2. §. si mater vers. quod, si cum prægnans ff. ad Tertul.*, quæ certè verificari non possent, si curator simplicitèr bonis esset petendus. Hoc idem firmauit *Baldus in l. precibus C. de impub., & alijs subst., & in l. matres 3. C. ad Senat. Consult. Tertul.*, dum scripsit, mirum non esse, matrem habere annum ad petendum tutorem nato puero, non autem ad petendum curatorem puero, qui est in vtero, quia tunc periculum est in mora, & quia fauorabilior est causa partus, quam pueri, quæ certè indicant curatorem præcipuè ventri esse petendum.

In ordine ad tertium dicendum est, Matrem non excusari à pæna priuationis quoad successionem, si curatorem

39 Priuatur, si ventri prægnanti curatorem nō petierit, quantumuis edito fœtu tutelam susceperit.

ventri non petierit, licet postea edito partu in lucem eiusdem tutelam susceperit. *Baldus in l. matres C. ad Senat. Consult. Tertul., Bartolus cons. 22. Homo Accursals in fortiori casu lib. 1. num. 5. & cons. 63. In quæstione proposita nu. 5. lib. 2.* Ratio ex eo deducitur, quia, ex quo ventri curatorem non petijt, iam est facta rea delicti, quod consummatum iam est, ergo non est, cur non debeat subesse pænæ iniunctæ tali delicto. Adde, quod ex superius dictis in hoc genere mora purgari non potest, ergo eadem commissa non erit amplius locus successioni, quod etiam firmauit *Ioannes de Monte Sperell. cons. 272. quantum ad primum dubium nu. 3., Franciscus Viuius decis. 364. quantum ad primum dubium num. 3.*

Inordine ad quartum, quidquid ex aduerso dixerit *Stephanus Gratianus discept. for. c. 72. n. 27.* sentiendum est, quod

40 Ad incurrendam hanc pænam non requiritur, quod mater ex industria tutorem non petierit, sed sufficit, quod non petierit ex incuria.

ad incurrendam hanc pænam priuationis non requiratur, quod Mater de industria, & data opera omiserit curatorem petere, sed sufficiat, quod omiserit ex incuria, prout latè probat *Ansaldus cons. 101. à nu. 57. ad 63.* allegatis ad satietatem iuribus, & DD. Idipsum expresse sentit *Francis. Viuius comm. opi. n. 553. verb. mulier num. 16. & 17., Baldus cons. 432. Iste casus remissiuè de facto contingit n. 1. vol. 2.*, & ratio potissimum ea est, quia causa finalis iurium sub pæna priuationis ad successionem præcipientium Matrem debere ventri prægnanti curatorem petere, est, & fuit, ne ex incuria Matris in petendo præiuditium ventri, seu posthumo, cum in lucem venerit, inferatur, quod præiudicium æquè sequi potest, etiam si ex industria mater tale munus petendi omiserit, quod adeo verum est, vt doceant satis communiter, quod nec possit mater ignorantiam iuris allegare per textum *in l. fin. C. qui pet. tut.* addita ratione, quia tale onus petendi curatorem in iure naturali consistit per textum *in l. 2. C. de in ius vocando*; Nec obesse potest textus *in l. editum 2. ff. de ventre inspiciend.*, quandoquidem hic textus in longe diuersis terminis procedit; nam ibi sermo est de Matre, quæ ob naturalem verecundiam noluit ventrem inspici, & ideo excusatur à pæna illius edicti, quia illud verecundiæ mulierum aduersatur; in nostro autem casu iura præcipientia matri petere ventri prægnanti curatorem ius naturale potius fouent, quam eidem aduersentur per textum *in l. Matris pietas C. qui pet. tut., & in princip. Instit. de iure natural. gent. & ciuil.*, adeoq; &c.

Assertio III. Quamuis mater teneatur regularitèr ad petendum tutorem filijs impuberibus intra annum à die scientiæ obitus mariti sub pæna priuationis quoad successionem in bonis eorundem, in plerisq; tamen casibus excusatur ab eadem pæna, si omiserit petere. In hoc communiter consentiunt. Singulas causas, ob quas excusatur, iam expendo.

41 In multis casibus Mater excusatur ab hac pæna.

Prima est, quando eiusdem Matris consanguinei defuncti sunt, & durat tempus luctus, quod non protrahitur vltra nouem dies, prout docent *Bartolus in l. fin. §. donec C. de iur. delib., Rodericus Suarez in l. post rem iudicatam limit. 9. n. 2. ff. de re iud.* apud *Stephanum Gratianum discept. for. c. 243. nu. 18.*, pro illo etenim tempore, quo mater plorat consanguinei iacturam, non videtur molestanda in inquisitione tutoris, ne afflictio addatur afflictæ. Sed vix videtur hæc causa posse matrem excusare, cum luctus non duret nisi ad Nouendium, & tempus ad petendum tutorem perseneret ad annum. Sed in plerisq; hæc causa potest matri prodesse; primo vt notat idem *Stephanus Gratianus loc. cit.*, quia, si pro illo anno plures eiusdem Matris consanguinei obierint, potest habere excusationem pro diuturniori tempore ad ratam consanguineorum defunctorum, pro quibus singulis nouendium est numerandum; secundo, quia, si consanguineus obierit ante nouendium à completo anno ad petendum tutorem matri concesso, nouem illi dies dati ad luctum non sunt computandi in anno, sed protrahendi vltra tempus luctus, prout etiam considerauit idem *Stephanus Gratianus discept. for. c. 403. n. 26.* Tertio, quod, quantumuis mors consanguinei contigerit, vel in prin-

42 Ob mortem consanguineorum durante tempore luctus.

Quomodo hoc sit intelligendum.

principio, vel in medietate anni possit illud nouendium destinatum ad luctum non computari in anno dato matri ad petendum tutorem; & licet in præcedentibus sublimitando dixerimus, quod, si mater protaxerit in fine anni petitionem tutoris pro filijs, ita vt non possit ipsam intra annum complere, non excusetur à pæna priuationis; hoc tamen obesse non potest præsenti casui, in quo supponimus, quod per illud nouendium, quod datur vltra annum in compensationem illorum dierum, qui dantur ad luctum consanguinei, possit petere, & complere petitionem.

43
Etiam ob ægritudinem Matris.

Secunda est, quando ipsa mater ægritudine fuit detenta intra illum annum destinatum ad petitionem tutoris, prout docent *Magonius decis. flor. 43. num. 6.*, & cum eo sentiunt *Socinus cons. 52. num. 35. & 36. vol. 2., Maranta in repet. l. is potest nu. 245. ff. de acq. hæred., Silua nupt. part. 2. nu. 52. limit. 13., Antonius Gabriel concl. 1. de tutela nu. 58.*, tempus enim non videtur currere legitimè impedito, vt est mater, quando est infirmitate detenta; & licet *Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 16. num. 106.*, non videatur excusare Matrem ab hac pæna, si ob infirmitatem tutorem filijs non petierit intra annum à iure statutum, adducens textum *in l. 2. §. confestim ff. ad Tertul.*, vbi per illa verba *ita tamen vt nullo modo annale tempus excederet*, asserit, quod in casu infirmitatis etiā non possit annus excedi, cum necessitas vrgeat, & mater impedita infirmitate id sciat, & scire debeat, qui propterea subdit, quod teneatur per alium tutorem petere, vt præcaueat à detrimento, quod pupillis potest imminere; Nihilominus causa, quæ ipsam excusat à petitione, videtur etiam excusare à missione procuratoris ad petendum, cum versemur in pænalibus, quæ exigunt latam culpam, & sicuti eodem Gutierez non contradicente ratione temporis luctus ob mortem consanguinei excusatur, nec eidem imputatur, quod per Procuratorem non petierit, ita non video, cur non sit excusanda propter infirmitatem, qua fuit detenta, cum magis videatur premere infirmitas, quam luctus &c. Limitarem tamen in casu, quo infirmitas esset ita exigua, vt eandem Matrem non impediret a similibus functionibus; subintraret etenim tunc id, quod tradit excipiendo *Montanus de tut. & curat. c. 18. num. 35.*, nempe, quod, quando impedimentum de facili remoueri potest habeatur pro non impedimento *arg. textus in l. fin. §. illud C. de tempor. appel.*; nam non dicitur quis impeditus, qui de facilè potest remouere impedimentum *Baldus in l. quibus diebus ff. de condit. & demonst.*, quod potissimum verificatur in hac materia, in qua sedulum requiritur petendi tutorem officium, & plenum.

Quomodo hoc sit intelligendum.

44
Ob ignorantiam, absentiā, & simile impedimentum.

Tertia causa esse potest ignorantia, absentia, vel aliud simile impedimentum *Montanus de tut. & curat. c. 18. num. 33. & seqq., Menochius de arbitrar. c. 572. nu. 18., Socinus cons. 152. num. 35. & 36. vol. 2., Marantus in repet. d. l. is potest num. 245. ff. de acquir. hæred., Silua nuptialis secunda part. num. 53. limit. 13.*, nec in hoc dissentit *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 16. nu. 106.*, quamuis dissentiat, quando impedimentum est ob infirmitatem, nam, vt asserit ipse, quando est absens, & ignorans, vincere nequit impedimentū, adeoque iustè excusatur. Ratio in vniuersum ea esse potest, quia aduersus absentem, & ignorantem non currit tempus præcipuè in ordine ad pœnas.

45
Non priuatur etiam, quando Pater est deportatus, seu bannitus, non in perpetuū.

Quarta causa est, quando Pater mortuus non fuit naturaliter, sed ciuiliter tantum per deportationem, seu per exilium; si etenim tunc Mater intra annum tutorem filijs impuberibus non petierit, non priuatur successione, prout docent *Gratianus discept. for. c. 462. per totum, Montanus de tut. & curat. c. 18. num. 33., Corneus cons. 55. à nu. 20. vsque ad 31. lib. 2.* Ratio autem ex eo desumitur, quia ex eo, quod Pater fuerit bannitus, non propterea eius filij desinunt esse sub ipsius patria potestate, prout latè docet *Gratianus loco cit.*, vnde etiam dicitur, quod filij bannitorum non possint testari eo, quod sint sub Patris potestate per textum *in l. qui in potestate ff. de testam.*, tutor autem non datur ei, qui adhuc est sub patria potestate *l. fin. in princip. C. de curat. furios., Siluester Instit. de tutel. in princip. post glos. ibi in verb. non sunt, Clemens de patria potest. affec. 14. num. 1., & 2.*, ergo Mater in eo casu non petens tutorem filijs nō priuatur successione eorundem.

46
Priuatur tamen, si non petat filijs curatorem, quando Pater nō potest petere, nec per se, nec per procuratorē.

Circa hanc causam plurimæ insurgunt rationes dubitandi, quas expendo. Primò, an, quamuis non priuetur successione filiorum, ex eo, quod non petierit eisdem tutorem existente Patre bannito, cum tutor eis dari non possit, priuetur tamen tali successione ex eo, quod eisdem non petierit curatorem? Quod existente Patre bannito possit filijs eius dari curator ad instar eius, qui habet Patrem apud hostes videtur deduci ex textu *in l. mutu 6. §. ei cuius ff. de tutelis l. in possessionem 6. §. fin. ff. quib. ex caus. in possess. eat. l. idem priuilegium 32. ff. de reb. auct. iud. possid., Ripa in l. ex facto 18. §. ex facto in fin. vers. ex quo corrollariè num. 19. ff. ad*

Senat. Consult. Trebellian., *Peregrinus de iure Fisci lib.3.tit.7.num.13.*, nec existimandum est, huiusmodi pænam esse præcisè iniunctam contra Matres tutorem pro filijs non petentes, quandoquidem supra diximus, hanc pænam extendi etiam aduersus Matrem non petentem ventri prægnanti curatorem; ex quibus videtur sequi, quod, si mater in ea hypothesi curatorem filijs non petierit, sit eorundem successione priuanda. Ex alia parte, cum Pater, quantumuis bannitus adhuc, vt supra, retineat patriam potestatem erga filios, ipsius onus videtur esse, petere pro eisdem curatorem saltem per Procuratorem, non matris, quæ proinde, si non petat, non videtur pænæ priuationis subijcienda. Quod, si supponas Patrem, nec per Procuratorem posse filijs curatorem petere, & inquiras, an mater in eo casu teneatur petere sub tali pæna? tunc valde probabiliter crederem, quod, si ipsa administrationem non susciperet, sub tali pæna teneretur curatorem exigere, cum militet in hoc eadem ratio, quæ vrget in casu, quo non peteret tutorem, quando hic dari posset, ne scilicet bona pupillorum subiacerent obnoxia damnis, & dilapidationi, & incongruè videretur admittenda ad successionem illorum bonorum, quorum conseruationem neglexit culpabilitèr.

Secundo, an, si Pater fuerit relegatus, seu bannitus in perpetuum, ita vt nulla adsit spes liberationis, teneatur mater sub pæna priuationis huiusmodi filijs suis impuberibus tutorem petere? Sentiendum est in hac hypothesi, matrem teneri pro filijs tutorem petere *Stephanus Gratianus discept. for. c.462. nu.7.*, *Alban. in l. 1. ad med. vers. puto, quod, si ex banno C. qui pet. tut.*, hocque expressè deducitur ex textu *in l. 3. C. qui pet. tut.*, vbi æquiparatur quoad hunc effectum defunctus, & perpetuo relegatus. Ibi- *In locum tutoris defuncti, & relegati alium dari tutorem filijs suis idoneum ex eadem prouincia à Iudice competente postulo*, & licet hic textus loquatur non de Patre, sed de alio tutore, ad effectum tamen, ad quem allegatur, parem in ordine ad vtrumque sortitur rationem, quatenus infert, quod mortuus, & perpetuo relegatus in hoc sint pares.

47 Si Pater fuerit bãnitus in perpetuũ Mater tenetur petere sub pæna priuationis.

Tertio, an, si Pater fuerit bannitus, ita vt possit impunè occidi, teneatur mater filijs tutorem petere, adeout, si non petat, omittat ius ad successionem eorundem? Bartolus *in l. si adulterium §. liberta ff. de adult.*, *Alexander cons.75. n.11. lib.1.*, *Hondedeus cons.95. & 96. lib.1.*, *Clemens de patr. pot. c. vlt. num.13. & 21.*, *Altiatus cons.96. tom.3.* videntur sentire, quod in hac hypothesi mater teneatur filijs tutorem petere, & non petendo amittere successionem, dum dicunt, quod perdatur patria potestas, quando ratione banni Pater posset impunè offendi, & ad hoc conferre non modicum possunt Constitutiones Pij IV. à Pij V. volentium, quod, quando bannitus potest impunè offendi, habeatur pro mortuo, & pro hoste ciuitatis, & pro diffidato. Contrarium nihilominus sentit *Stephanus Gratianus discept. forens. c.319. nu.24.*, *& c.462. num.4.5. & 6.*, qui asserit, quod ea, quæ dicuntur per præallegatos DD., procedant dumtaxat in bannitis pro crimine læsæ Maiestatis, pro rebellibus, & transfugis, qui ad hostes se conuertunt; non autem in bannitis pro alio crimine capitali, etiam si possint impunè offendi, cum eorum condemnatio eos non grauet in ordine ad patriam potestatem, sed dumtaxat in ære, & iuribus suis, pro quo allegat *Salicetum in l.1. q.6. C. de hæred. instit.*, *Ripam in l. fin. q.13. C. de renoc. donat.*, *Peregrinum de iure fisci lib.3. tit.7. num.13. in fin.*, *& alios*.

48 Quando Pater potest impunè occidi tenetur mater filijs secundum aliquos tutorem petere.

Quinta causa est, si mater fuerit minor 25. annis per textum expressum *in l.2. C. si aduersus delict.*, cuius verba recito cum expressè euincant intentum. Dicit igitur textus *Licet in delictis ætate neminem excusari constet, matri tamen, quæ filijs tutorem ætatis lubrico lapsa non petit, eorum minimè denegari successionem conuenit, cum hoc in maioribus matribus tantum obtineat*; atque in hoc consentiunt *Gratianus discept. for. c.862. num.20. & seqq.*, *Montanus de tut. & curat. c.15. nu.107.*, *& c.18. nu.43.*, *Joannes Gutierez de tut. part.1. c.16. n.90.*, *Maranta in repet. l. is potest nu. 237. in quarta limit. ff. de acquir. hæred.*, *& communiter DD. in l. matris C. ad Tertul.*, quod adeo verum existimant, vt etiam si transacto anno dato ad petendum tutorem mater afficiatur maior, & postquam maior fuerit, non petierit tutorem per annum, neque priuetur iure successionis *Gutierez loc. cit. nu.91.*, *Baldus in l. precibus col.4. vers. quod ergo C. de impub.*, *Decius cons.39. col.6. vers. & prædicta procedunt*, *Iason in l. sciendum §. fin. col. vlt. vers. ad idem facit ff. qui satisd. cog.*, *Ancharanus cons.440. col. vlt.*, cuius ampliationis eam arbitror esse rationem, quia iura obligant dumtaxat Matrem ad petendum tutorem pro filijs intra annum à die obitus mariti, quo propterea elapso, & non petito tutore, cum petere non teneretur ob minoritatem ætatis, erit exempta mater ab onere petendi, nec affi-

49 Mater, si fuerit minor 25. annis nõ priuatur successione filiorum, si eisdem non petierit tutorem.

50 Ampliatur secundum aliquos, etiam si Mater facta fuerit postea maior.

51 Congruẽtius tamen ampliatio non est admittenda.

afficietur pæna priuationis quoad eorum successionem; Sed hoc non libenter admitterem, quod onus petendi tutorem habet causam continuam, quousque filij sint in pupillari ætate, cum pupilli quotidie nouam læsionem possit pati, si sibi de tutore non prouideatur, ergo etiã elapso illo anno, pro quo ob minoritatem ætatis excusatur à petitione tutoris, non deobligabitur ab onere petendi, si pupilli in pupillari ætate adhuc viuant.

Soluuntur rationes contrariæ.

Quamobrem auctores, qui asserunt, quod, si mater postea efficiatur maior, adhuc excusetur, nec subdatur pænæ priuationis, si non petierit, arbitror intelligendos esse, quod excusetur pro illo anno minoritaris, si intra illum non petierir, non obstante sequenti maioritate, non autem, quod excusetur, si postquam facta fuerit maior, & adhuc filij in impubertate persenerent, hoc munus non adimpleuerit; ad quod confirmandum repeto ea, quæ in præcedentibus dicebam, quod scilicet, si mater fuerit vel infirmitare detenta, vel luctu per multos menses ob obitum successiuum plueium consanguineorum exeuserue quidem, pro illo tempore, sed illud protrahatur dempto illo tempore infirmitatis, & luctus.

52

Si Mater minor intra annum ab obitu mariti facta fuerit maior, & nõ petierir tutorem priuatur successione, etiam si filij decesserint in impubertate.

Circa hanc causam nonnulla etiam contingunr dubitari, & primo, an, si mater minor intra annum ab obiru mariti facta fuerit maior, & non petieeir tutorem, priuerur iure successionis in bonis filiorum, si decesseint in impubertate? Hoc in dubio diuisos DD. inuenio. Aliqui, inter quos *Oldradus, & Paulus de Castro in l. minoribus C. de his quib. vt indig., Angelus in l. illicitas §. fin. ff. de offic. Præsid.* existimant, quod, si mater fuerit facta maior intra annum ab obitu mariti, debeat petere filijs tutorem, & si non petierit, priuetur iure ad successionem eorundem filiorum, si decesserint in ætate pupillari. Ad hoc mouentur pluribus rationibus; primo, quia priuilegium concessum ætati non prorogatur vltra ætatem, cum cessante causa priuilegij cessare debeat, & ipsum priuilegium; cum igitur Mater, cui in minori ætare assistebat priuilegium, ne sub pæna amissionis iuris ad successionem teneretur filijs tutorem petere, facta fuerit maior, & ætati maiori peiuilegium illud non assistat, non potest eodem gaudere, si in tali maiori ætate rutorem non petierit.

Rationes pro hac sententia.

Secundo, quia, vt supra innuebamus, onus petendi tutorem haber causam continuã, & successiuam durante filiorum impubertate, vnde licet matee eximatur à tali onere durante ipsius minoritate, cum tamen ad maioeitatem perneneri, & vtique dnrante anno ad petendum, & perseueret in filijs necessitas habendi tutores, vtique, si tunc defecerit à petitione eiusdem, erit obnoxia pænis contra non petentes tutores impositis. Teetio, quia matri minori non petenti tutorem intra annum à inre præscriptum parcitur ob lubeicitatem ætatis minoris per textum *in d. l. 2. C. si aduers. delic.*, ergo cessante tali minori ætate eidem non est parcendum, quia qualitas adiecta verbo debet regulaei secundum tempus verbi per textum *in l. in delictis §. si extraneus ff. de noxal. l. Titio ff. de militar. testam.*

53

Contraria sententia exponitur.

Alij è contra, inter quos *Speculator in tit. de restit. in integ. §. 1. num. 16., Baldus in auth. si raptius C. de Episc. & Cler., Curtius Iunior cons. 8. num. 15., Hieronimus Gratus cons. 8. nu. 7. & seqq., Marantus in repet. d. l. is potest nu. 237. vers. 4. limit. 1., Gabriel. commun. opin. tit. de tutelis concl. 1 nu. 51.* sustinent, quod, etiam si mater intra annum à iure præscriptum ad petendum tutorem pro filijs, peruenerit ad maiorem æratem, nec tutorem petierit non priuetur iure successionis; & ipsi quoque ad hoc pluribus rationibus mouentur;

Rationes pro hac sententia.

primo, quia non potest dici, quod per annum cessauerir à petirione turoris, prout requiritur à iuribus priuantibus Matres successione, si non petierinr, cum pro parte anni, pro qua mater supponitur minor, non currat eidem tempus, & sic solummodo pro parte anni, pro qua facta est maior cessauit. Secundo, quia initium obligationis attendendum est argumento eorum, quæ tradit *Glosa in d. l. minoribus verb. respondet C. de his quib. vt indign. in vers. sed quid si*, & pee textum *in l. 3. §. scio ff. de minor.*, & sic cum initium aptum non sit ad hoc onus respectu matris minoris, non debet hæc priuaei beneficio, quod debet esse perpetuum.

54

Si maior effecta post annũ à maioritate nõ petierir filijs tutorem eorum hæreditate priuatur.

Ego in hac opinionum diuersitate easdem sic conciliare studeo; nempè, quod prima procedat, si à tempore, quo matee maior est effecta, ad annum non petierit tutorem, & filij adhuc in impubertate peeseuerauerint, tunc etenim successione eorumdem est priuanda; secunda verò procedat, si à tempore maioritatis acquisitæ, non elapsus fuerit annus, & filij in impubertate decesserint. Iuxta hunc nostrum sensum procedunt *Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 16. nu. 94., Baldus Nouellus in tract. de dote part. 11. princip. priuileg. 1. num. 14. ad fin., Silua nuptialis lib. 2. num. 55. limit. 9. vers. intellige tamen.* Ratio autem exeo deducitur, quia per textum *in d. l. 2. C. si aduers. delict.* maioribus currit tempus anni

anni à iure præscripti ad petendum tutorem, & nnn minoribus, ergo matri, postquam maior fuerit effecta, debet in-

55 Secus. si non fuerit elapsus annus à mainritate acquisita.

cipere currere annus ad petendum, eum tune nulla causa ipsam exeuset, & sie, si per annum à die, quo facta est mainr, nõ petierit, erit obnoxia pœnæ priuationis, eum tunc lapsus sit annus habilis ad petendum sine petitione; si vero non elapsus sit annus à die qun facta est maior, & filij occubuerunt, nou erit obnoxia tali pœnæ, eum tempus præseriptum ad pœnam non interuenerit. Quamobrem ad ea, quæ ex Speculatore, & alijs fuerunt adducta, dicendum est, ea procedere, quando mater tempore mnrtis mariti erat minor, & postea facta maior non petijt tutorem filijs infra annum a morte seilicet mariti numerandum, quia tune re vera nnn est priuanda successione eorundem filiorum, eum tune non habuerit integrum annum, quo teneretur petere tutorem, quandoquidem pro anni parte, pro qua erat minnr, nnn tenebatur petere; secus quandn effecta est mainr, & à tempore maioritatis acquisitæ lapsus est annus integer, & in eodem nnn petijt, quia tune nullam habet excusatinnem, eum annus habilis ad pænam integer percurrerit sine adimple-

Rationes pro hac opinione

mento oneris. Hæc tamen, quæ dicta sunt, intelligenda sunt, attento iure cõmuni, quaudo mater facta vidua intra annum, qun mnrtuus est maritus, peruenit ad annum vigesimumquintum; quo completo a die enmplementi non petijt per annum tutorem, quia tunc re vera

56 Stante statuto reducente maioritatem ad minorẽ annũ, mater priuatur successione, si postquam peruenerit ad talem annũ intra annum non petierit tutorem.

priuatur successione; si verò loquamur attento iure municipali alicuius Ciuitatis, secundum, quod vidua habeatur pro mainri in minnri ætate vigintiquinque minorum puta in decimo octauo, vel vigesimn anno, & tunc durante anno luctus peruenerit ad decimum octauum annum, vel vigesimum suæ ætatis, tune, si à die talis ætatis completæ per annum, tutorem dari non curauerit filijs, certum est, quod tali successione priuetur, quia huiusmodi statutum reductiunm maioritatis ad annum minorem vigesimo quinto tenet, & obligat, vt docet *Saliertus in l. 2. C. de his, qui ven. ætat. impet.*

Secuudo, contingit dubitari, an eum onus petendi tutores filijs impuberibus non solum ineumbat matri, sed etiam alijs, qui ius habent successionis, vt infra latè dicetur, si hi fuerint minores, excusentur & ipsi à pœna priuationis, en modo, quo excusatur mater, & an ea, quæ sub præcedenti dubitatione dicta sunt, de ista æqua ratione sint intelligenda de illis? Nonnulli asserunt, masculum minorem non excusari; ad quod dupliei ratinne mnuentur; primn, quia *in d. l. fin. C. si aduers. delict.*, dieitur hoc

57 Alij consanguinei à matre, si fuerint minores secundũ aliquos non excusantur ab hac pœna.

esse speciale in matre, quia fæmina, ergo hæc dispositio non est extendenda ad masculos; secundo, quia in fæmina minori potior ratio concurrit, tum ratione minnritatis, eum ratione sexus fragilis, cum in maseulo solum concurrat ratio minoritatis. Alij asserunt, maseulum minorem ipso iure non exeusari, sicut excusatur fæmina; iuuari tamen dieunt ope restitutionis in integrum ad differentiam matris fæminæ minoris, quæ ipso iure exeusatur. Sic inter cæteros

58 Secundũ alios non excusantur, sed iuuantur restitutione in integrũ.

sentit *Salicetus in l. sciant in princip. nu. 1. in vers. sed quid, si masculo minori C. de legit. hæred.* Alij inter quos *Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 16. num. 98. vers. Ego vero non video Antonius Gabriel. commun. concl. sub tit. de tutel. concl. 1. n. 55.* sustinent, & maseulum minnrem ipso iure excusari; & ad hoc asserendum dupliei ratinne mouentur, primo, quia hoc priuilegium conceditur matribus minoribus nb lubricitatem ætatis, quæ ratio æquè militat in masculis minnribus, quinimmo ex multorum sententia in fæminis festinantèr accedit; ex quibus euertitur id, quod pro contraria prima

59 Melius tamen excusantur à tali pœna.

opinione dieebatur; quod seilicet hæc indulgentia excusationis cõcedatur matri, quia fæmina, quia in textu hæc causalis non ponitur, sed alia nempè, ob lubricitatem ætatis, ibi, *ætatis lubrico lapsa*; secundn, quia magis expedit minnribus, vt nb fragilem ætatem ipso iure exeusẽtur, quam, quod post causam vulneratam remedio restitutionis in integrum eis subueniatur, quod argumento a paritate desumpto probari potest ex *l. fin. C. in quibus caus. in integ. restit. non est necess.*, vbi in omnibus casibus, in quibus iura

Rationes pro hac resolutione.

antiqua subueniebant minoribus per restitutioocm in integrum aduersus temporales præseriptiones, dicitur, quod huiusmodi præscriptiones ipso iure nnn currant, & sie in hoc corrigit eadem iura antiqna, quod etiam extendendum arbitror ad præsentem easum, ita, vt maseulus minor ipso iure excusetur, nec indigeat npe restitutionis in integrum; Atq; huic vltimæ opinioni meo videri probabiliori adhærendum censeo, eum validis sit fulsulta ratinnibus, & ex ipsia eruatur responsio aduersus fundamenta præcedentium opinionũ, huic etiam adhærent *Fulgosius cons. 52., & Speculator in tit. de restit. in integ. §. 1. num. 16., & seqq.*

Hic etiam venit examinandum, an, si

mater

mater fuerit ſeptuagenaria excuſetur à

60 pæna priuationis quoad ſucceſſionem filiorum, ſi intra annum filijs eiſdem tutorem non petierit. Negant *Baldus in l. matres C. ad Tertull.*, *& cum eo Montanus de tut., & curat. c.* 18. *n.* 18., cum pietas materna non patiatur matrem de filijs obliuiſci, & eorum curam negligere. Affirmat verò *Stephanus Gratianus diſcept. for. c.* 805. *n.* 23., qui ea mouetur ratione, quia ſeptuagenaria præſumitur eſſe extra memoriam, cum ſenectus dicatur domus obliuionis *Gomez in c.* 1. *nu.* 97. *de conſtit, in* 6., & ea, quæ per obliuionem fiunt, venia digna videntur, quam ſecundum opinionem ſatis probabilem arbitror. Hoc tamen vnum cum *Marco Antonio Sabellio in ſumma diuerſ. tract. in verb. Mater nu.* 4. *verſ. ſed hic caſus*, aduertendum eſt, quod hic caſus in matre videatur eſſe de caſu impoſſibili, cum non poſſit contingere, quod mater ſit ſeptuagenaria, & habeat filios impuberes, vnde prædicta verificari ſolum poſſe videntur in auia.

Mater ſeptuagenaria, ſecundum aliquos non excuſatur ab hac pæna, ſi tutorem non petierit.

61 Secundū alios probabiliter excuſatur.

62 Sexta cauſa eſt, ſi pupilli habeant tutorem teſtamentarium, tunc etenim mater non petens intra annum tutorem filijs non priuatur iure ad eorum ſucceſſionem *Gratianus diſcept. for. c.* 219. *per totum, Montanus de tut. c.* 18. *n.* 23. *in fin., & n.* 39., *Magonius deciſ. Flor.* 43. *n.* 4., addita ratione, quia quando iam à patre teſtatore prouiſum eſt filijs de tutore, non eſt neceſſaria prouiſio à Matre.

Excuſatur mater, ſi pupilli habeant tutorem teſtamentarium.

Sed quid dicendum ſit, ſi adſint tutores legitimi? Tunc *Gloſa in l. Matres C. ad Senat. Conſult. Tertul.*, *Socinus conſ.* 153. *col. fin. vol.* 2., *Seraphinus deciſ.* 830. *n.* 11., *&* 12., *Bartolus conſ.* 22., *Homo à Curſil. n.* 5. exiſtimant, matrem non petentem filijs tutorem non priuari iure ad eorum ſucceſſionem; & ad hoc pluribus rationibus mouentur, & primo, quia onus petendi tutorem, tunc ſolum vrget, quando eſt locus tutelæ datiuæ, per textum *in l.* 2. *ff. qui pet. tut.*, ſed exiſtente tutore legitimo, non eſt locus datiuo, ergo &c., ſecundo, quia ratio finalis, ob quam iura impoſuerunt matribus, alijſque habentibus ius ad ſucceſſionem filiorum

63 onus petendi tutores fuit, ne pupilli, eorumque bona remanerent deſerta, & indefenſa, ſed quando iam per legem prouiſum eſt de tutore, ceſſat illa ratio, per textum *in d. l.* 2. *ff. qui petant tut., & in l.* 2. *§. is illud C. quando mul. tut. offic.* Tertio, quia mater, & auia non ſunt tutrices neceſſariæ, ſed voluntariæ dumtaxat, ſi ſcilicet ipſæ voluerint, vnde, vt aſſerit *Marianus Socinus conſ.* 20. *nu.* 8. *vol.* 1. etiam ſtante matre, & auia hodie dicuntur legitimi tutores, qui de iure erant ante *auth. matri, & auia C. quando mul. tut. offic.* ergo [illegible] ſit legitimi tutores, mater non tenet [illegible] alios petere.

Si pupilli habeant tutores legitimos aliqui excuſant matrem à pæna, ſi illis tutorem non petierit.

Ex aduerſo *Ioannes Gutierez de tut., & curat. pa*[illegible] 1. *c.* 6. *n.* 99. *verſ. hac tamen ſextalim* [illegible], exiſtimat, matrem non excu-

64 ſari [illegible] capite à pæna priuationis, ſi tut[illegible] non petat, quamuis extent conſan[illegible], quibus de iure debeatur tutel[illegible] ſaute eandem matre, vel dece-d[illegible] exiſtimat tamen ſufficientèr excuſari, ſi mater intra annum in actis expreſsè renuntiet tutelæ declarando, ſe nolle eſſe tutricem, quia tunc ipſo iure locus aperitur legitimis, & ex tunc mater, & auia non tenetur filijs tutorem petere; Hoc autem non contingeret, ſi totra annum ſolemniter non renuntiaret, quia, quantumuis tunc eſſent conſanguinei, ſe matre non declarante illis aditus non aperitur, cum mater omnibus præferatur. Additur, quod, ſi ſimplicitèr, & abſolutè vera eſſet prima ſententia, ferè nunquam mater non petens tutores filijs ſubderetur pænæ priuationis, cum ferè ſemper adſint, vel de agnatione, vel de cognatione, quibus eſſet in defectum matris de iure demandanda tutela. Atque iuxta hunc ſenſum explicat idem *Gutierez loc. cit., Gloſam in l. matres C. ad Senat. Conſult. Tertull.*, & pro ſua opinione allegat *Tellum Fernandez in l.* 6., *Tauri nu.* 35., *& ſeqq., Baldum in l. matres num.* 1. *C. ad Tertull., & in l. precibus num.* 18. *Cod. de impub., & alijs.*

Alij non excuſant niſi intra annum apud Iudicem ſe declarauerit ſe nolle eſſe tutricem.

Ad ea, quæ pro contraria afferebantur, nunc reſpondendum eſt, & quidem ad primam fateor, quod onus petendi tutorem non premat matrem extante tutore teſtamentario, vel legitimo; ſed hoc non eſt applicabile præſenti caſui, quia legitimus non eſt, ſtante eadem matre, vel Auia, quæ præferuntur cæteris omnibus, quæ propterea, niſi renuntiauerint, non aperitur locus alijs; ex quo deducitur, quod licet in hoc caſu non requiratur formalis petitio, requiratur tamen ſolemnis renuntiatio, qua poſita locus aperitur legitimis, ſine qua non aperiretur. Idem fere reſpondeas ad ſecundum, & tertium.

Soluuntur rationes contrariæ ſententiæ

65 Septima cauſa excuſationis tunc eſt, quando maximè pupillo intereſſet, quod per matrem tutor non peteretur; hocque potiſſimum contingeret in caſu, quo eidem pupillo relicta eſſet pinguis hæreditas, ſeu legatum, ſub conditione, ſi tutores non habuerit *Montanus de tut. & curat. c.* 18. *nu.* 36., *Ioannes Gutierez de tut. part.* 1. *c.* 16. *nu.* 100., *Seraphinus deciſ.* 830. *n.* 3.,

Excuſatur Mater, ſi pupillo proſit, quod tutor nō petatur

n.3., *Iacobus Phylippus Portius commun. concl. lib. 1. c. 4. limit. 7.*, *Marantus in d. l. is potest nu. 242. ff. de acq. hered.*, & expresè deducitur ex textu *in l. 2. §. si mater vers. tractari ff. ad Senat. Consult. Tertul.* Ratio ex eo deducitur, quia illa dispositio iuris, quod mater priuetur successione filiorum, si eisdem tutores non petierit intra annum, inducta est in fauorem filiorum, ne ipsi, & eius bona remaneant destituta defensione, & vt seruentur illæsa; sed in hac hypothesi fauor filiorũ magis expedit, quod non habeant tutores, quam, quod habeant, quãdoquidem istis existentibus hæreditate ipsis delata priuarentur, ergo, cum expediat eisdem filijs tutores non habere, mater non est subijcienda pænæ, si non petierit, quandoquidem non petendo profuit eisdem filijs, cæteroqui, quod in eorum fauorem inductum est, in ipsorum odium retorqueretur, siquidem, si mater non excusaretur, eosdem peteret, & petendo eisdem quoad hæreditatem delatam præiudicium inferret. Verum tamen est, quod consideranda est quantitas hæreditatis, seu legati, an scilicet talis sit, vt magis expediat illam habere, quam habere tutorem ad rerum suarum conseruationem; si etenim hæreditas, seu legatum esset modica, seu modicum, & bona propria pupillorum esset pinguia, & maius esset periculum damni, quam spes lucri, tunc non libenter eximerem eandem matrem a pæna priuationis, si tutorem non petierit, cum tunc plus expediat pupillis tutorem habere, quam hæreditatem, seu legatum, & non rectè mater gereret negotium eorundem omittendo petitionem tutoris, vt filij consequerentur hæreditatem, seu legatum.

P[…]nes pro hac causa excusante.

Intellige, si maius esset vtile, si non peteretur, ac si peteretur

66 Octaua causa excusationis est, si mater pupillis tutorem non petijt eo, quod ipsi erant non soluendo *Ioannes Gutierez part. 1. de tut. & curat. c. 16. num.* tot. *& seqq.*, *Maranta in repet. d. l. is potest n. 242. ff. de acquir. hered.*, *Silua nuptialis part. 2. num. 53. limit.* 10., & ratio ex eo videtur deduci, quia mater in hac hypothesi non petendo tutorem benè videtur gerere negotium pupillorum, & potius eisdem consulere, quam curam ipsorum negligere, eosque prægrauare, quandoquidem, si petierit, magis inquietarentur pupilli, cum creditores agerent ad consecutionem creditorum suorum, & sic litium molestias, & actionum pati cogerentur, quod non eueniret, si tutorem non petierit, cum tunc pupilli quasi indefensi non inquietarentur. Ad hoc confirmandum plurimum conferre posse videtur textus *in l. 2. §. si mater vers. ego etiam ff. ad Senat. Consult. Tertul.* vbi dicitur, quod, si pupilli sint penitus egeni, mater, si tutorem pro ipsis non petierit, excusetur, quod idem habet *Bartolus in l. 2. C. de negot. gest.* pupilli autem, qui non sunt soluendo, habentur pro egenis, cum bona non dicantur, nisi deducto ære alieno per textum *in l. subsignatum §. cum similibus ff. de verb. signif.*, ergo &c. Neque hic audiendus est *Petrus de Ancharano conf. 104. num. 5.*, qui, quamuis dicat, quod ob tenuè patrimonium filiorum excusetur à petitione tutoris, non tamen excusetur attento officio pie[ta]tis, si non ipsa assumpsit illud onus, [e]d reliquit filios destitutos, & sine prot[ect]ione indefensos; ex duplici etenim ca[pi]te ipsa tenetur scilicet, & ob spem futuræ successionis, & ex motiuo naturalis pietatis, & cum in ipsius arbitrio esset, vel recipere tutelam, vel alium ad eandem petere, & neutrum præstiterit, defecit à munere naturalis pietatis. Subdit idem *Petrus de Ancharano*, quod imperceptibile videatur, quod excusetur, seu excusari possit mater, si non petierit tutorem ob egestatem pupillorum, vel eo, quod non sint soluendo, & quod adspiret ad eorundem successionem. Addit vlterius, quod, cum tutor detur principalitèr personæ, & non nisi secundario rebus, defecerit grauitèr mater in non petendo tutorem, qui personæ pupillorum assistat. Non, inquam, audiendus est, quia ea, quæ ipse asserit, ad summum verificantur, quando pupilli habent aliquod patrimonium, quod possit habere defensionem, vt notat *Gutierez loc. cit. num. 103. vers. nihilominus*, quia tunc ingreditur ratio naturalis pietatis ab ipso ponderata, quando verò, vel nullum habent patrimonium, vel ita ære alieno grauatũ, vt nihil pupillis possit superesse, tunc pietas potius exigit, vt non inquietentur sine vlla spe vtilitatis, quam, quod per petitionem tutoris detrudantur in molestias litium, & actionum. Ad illud, quod primo loco subditur, eadem responsione occurrendum est, quod scilicet procedat dumtaxat, quando pupilli non sunt penitus egeni, adeo vt persolutis debitis adhuc aliquid eisdem remaneret, tunc etenim mater teneretur, vel tutelam assumere, vel tutorem petere intra annũ, quæ, si non præstiterit, eidem erit deneganda successio. Ad illud, quod secundo loco subditur dicendum est, quod licet tutor detur principalitèr personæ, & non nisi secundario rebus, nihilominus non coarctetur à iure mater ad petendum, quando pupilli omninò carent sub-

Excusatur item Mater, si filij erant non soluendo.

Rationes pro hac resolutione.

Solutiones contrariorũ argumentorum.

substantia, vt expressè colligitur *in d. l. 2. §. si mater in vers. quod si penitus ff. ad Senat. Consult. Tertul.* potissimum, cum vix posset inueniri, qui assumat, vnde in hoc casu tenerentur ad filios alendos, & educandos, qui proximiores sunt iuxta ea, quæ diximus, dum de obligatione alimentorum.

67 Si filijs permanentibus in impubertate delata fuerit pinguis hæreditas tenetur Mater illis tutorem petere.

Si autem hic quæras, quid dicendum esset, si postea pupillis, vel titulo hæreditatis, vel legati, vel donationis bona fuerint delata; tunc dicam, quod, si filij adhuc perseuerent in pupillari ætate à tempore, quo talia bona eisdem fuerunt delata, teneatur mater vel formiter assumere tutelam, vel petere tutorem, quæ, si non præstiterit, seu alterum ipsorum, subiacebit pœnæ priuationis quoad eorum successionem, vt videtur innuere idem *Gutierez loc. cit. n. 103. vers. quod si pupilli*, nam tunc nulla adesset causa excusans, & tempus anni matri ad petendum vel assumendam tutelam tunc incipit currere, quando pupilli bona habere cœperunt.

68 Excusatur item Mater, si degat in Montanis, nec habeat peritos, quos consulat.

Nona causa excusationis, si mater existat in Montanis, & non habeat facultatem consulendi peritiores, si etenim tunc tutorem non petierit, nec formiter tutelam susceperit, non priuatur iure ad successionem, dummodo rectè administrauerit bona filiorum *Stephanus Gratianus discept. for. c. 668. num. 7. & seqq., Durandus tract. de condit. & mod. impos. part. 1. c. 1. nu. 37., Montanus de tut. & curat. c. 15. nu. 87. & c. 18. nu. 19. & 23., Menochius de arbit. cas. 194. n. 26. & seqq. & num. 66. & seqq.* Ratio ex eo deducitur, quia in hac hypothesi mater non peccauit contra ius naturale, cum rectè administrauerit bona pupillorum, nec ius illorum factum fuit deterius, sed ad summum contra ius positiuum ciuile, in quo ob ignorantiam, & difficultatem consulendi peritos videtur excusanda, & licet dicatur, quod ignorantia iuris neminem excuset; hoc tamen fallit in muliere maximè degente in Montanis *Decius cons. 445. nu. 35. & cons. 351. in fin., Ruinus cons. 60. nu. 25. vol. 3., Baldus in rub. C. de rer. permut. num. 4.* Hanc nostram opinionem præter præcitatos tenent in specie *Castrensis in l. Clodius col. vlt. nu. 6. & 7. ff. de acquir. hæred. & in l. 2. n. 3. C. de in ius vocand., Bertrandus cons. 229. num. 1. post princip. vers. secus verò videretur lib. 3., Maranta in l. is potest nu. 197. ff. de acq. hæred.*

Decima causa excusans est non vsus in aliquo determinato loco, quatenus in eodem pœna priuationis aduersus Matres non petentes tutores filijs intra annum nunquam fuerit obseruata; per contrarium etenim vsum, seu consuetudinem iura ciuilia abrogantur, nec mutanda sunt, quæ diu certam interpretationem obtinuerunt per textum *in l. minimè ff. de legib.*, & ita signantèr in his terminis tenuit *Marianus consil. 34. lib. 2.* Mouent tamen quæstionem hic DD., an, ad hoc vt mater eximatur à tali pœna, si tutorem non petierit, sufficiat non vsus simpliciter, an verò vlterius requiratur non vsus implicans contrarium vsum. Circa quam *Montanus de tut. & curat. c. 58. n. 29. vers. neque etiam in locis*, vbi citat *Alexandrum cons. 132. nu. 4. lib. 1., Molin. in consuetud. §. 1. glos. 4. num. 12.* per simplicem non vsum legem non tolli asserit, adeoque ex hoc capite matrem excusandam non esse à pœna, si tutores non petierit, nisi simul probaret non vsum implicantem contrarium vsum, & *Alexander loc. cit.* ad excusationem à tali pœna exigit, vt in contradictorio iudicio fuerit obtenta sententia pro tali non vsu, & exemptione Matris à tali pœna, si tutores pro filijs non petierit. Sed ego arbitrarer, quod, si legitimè constaret de non vsu, & hoc in tali loco inualuerit, saltem quantum ad pœnam Matrem fore excusandam, cum consuetudo vim habeat abrogandi quamcunque pœnam a iure ciuili impositam.

69 Excusatur item, si in loco, in quo degit talis pœna non est in vsu.

70 Nec requiritur, quod talis non vsus implicet vsũ contrarium.

Solum aliquid negotij aduersus ea, quæ hic dicuntur, videtur facescere id, quod supra dicebamus, quod Mater vel negligens assumere formiter tutelam, vel omittens tutorem intra debitum tempus pupillis petere, peccet non solum contra ius ciuile, sed etiam contra naturale, scilicet contra naturalem pietatem, quam erga filios tenetur exhibere; licet autem per non vsum possit excusari quoad ea, quæ sunt de iure ciuili, nunquam tamen potest per eundem non vsum excusari quoad ea, quæ a naturali iure proueniunt. Sed facili ratione me eximo ab hoc, asserens in primis hanc difficultatem cessare, si mater, quamuis formiter, & legitimè non assumpserit tutelam, nec tutorem petierit, rectè administrauerit bona pupillorum, adeo vt eorum conditio nõ facta fuerit deterior, vt supra. Deinde, quamuis aduersus naturalem pietatem errauerit, seu defecerit, arguitur quidem, quod grauem noxam contraxerit, & subdatur pœnis, quæ à iure naturali proueniunt, non tamen subdatur pœnis a iure ciuili impositis ipsam excusante contraria consuetudine, quæ saltem quoad pœnas iuri ciuili derogat, & sicuti, si ius ciuile nullam pœnam imponeret contra matres sic delinquentes non obstante iure naturali

Soluitur aliqua ratio contraria.

vrgente hanc pænam priuationis mater non subiret, si omitteret petere, ita, si ius ciuile quoad huiusmodi pænas fuerit per contrariam consuetudinem abrogatum, quamuis vrgeat ius naturale, non obligabit Matrem delinquentem ad hanc pænam.

71 Excusatur Mater, si fuerit in petendo tutorem filijs ab alio præuenta.

Vndecima causa excusans est, si Mater in petendo tutorem ab alio fuerit præuenta, & ratione talis præuentionis ipsa non petierit. *Angelus cons. 166. in fin., Maranta in l. is potest num. 196. ff. de acq. hæred., Montanus de tut. d. c. 18. n. 41. Glosa in l. sororem C. de his quib. vt indig., Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. Mater n. 4. vers. decimotertio excusatur.* Ratio ex eo deducitur, quia per tutorem sic per præuentionem assignatum satis consultum intelligitur indemnitati pupillorum, quantum exigunt iura, nec Mater in ea hypothesi potest diei constituta in mora; Neque obstant ea, quæ in præcedentibus dicebamus, nempe alijs à Matre non currere tempus ad petendum tutorem pro filijs, nisi ab anno Matri concesso, vel à legitima renuntiatione facta per eandem Matrem, vnde, si petitio per alios à matre facta fuerit præuentoriè ad tempus, quod eisdem incipit currere, videtur inaniter facta vtpotè à non habente pro illo tempore ius ad petendum; Non obstant, inquam, quia, cum arbitrarium sit matri, & facultatiuum assumere, vel non assumere tutelam, non necessarium, & compulsiuum, ex eo, quod nouerit se ab alio præuentam in petitione, nec contradixerit allegando ius suum, sed acquieuerit, censetur se accommodasse tali petitioni, & locũ petenti aperuisse. Quare dici potest ad instantiã, quod tempus nõ currat alijs à matre, nisi post annum eidem matri concessum, vel post renuntiationem ab eadem factã, quando ipsa mater renuit, non quando expressus, vel interpretatiuus, & virtualis eiusdem consensus accedit, vt in præsenti hypothesi euenit, in quo consensu habetur sufficiens renuntiatio ad hunc effectum. Confirmari potest hæc nostra opinio ex eo, quod ad euitandam pænam priuationis sufficiat petitio æquiualens tutoris, quatenus pupillus habeat, per quod sufficienter consulatur eius indemnitati, & ne remaneat indefensus; sic in similibus docent *Baldus in auth. eisdem col. 3. in princip. C. de secundis nuptijs, & Maranta in repet. d. l. is potest num. 190. ff. de acq. hæred.*; quod, si mater pupillo petenti, & non repugnanti curatorem petierit, cum tamen peti deberet tutor ex dispositione iuris, excusatur a pæna priuationis, non alia ratione, nisi quia per hoc satis prouisum videtur eidem pupillo; quis autem non videat æquiualenter prouisum esse pupillo ex eo, quod alio petente eidem datus fuerit tutor, & mater eidem acquieuerit? Hac eadem ratione excusatur mater, si auia statim tutelam receperit, ita vt pupillus non remanserit indefensus *Magon. decis. flor. 43. nu. 3.*

Soluuntur rationes ex aduerso oppositæ.

Duodecima causa est, quando pupillus habet substitutum pupillarem, prout 72 docent *Gutierez. part. 1. de tut. & curat. c. 16. num. 111., Baldus cons. 317. num. 1. & 4. vol. 5., & cons. 140. vol. 1., & cons. 430. n. 3. vol. 3., Maranta in repetit. d. l. is potest num. 250. ff. de acq. hæred.* Ratio ex eo deducitur, quia, quando datus est pupillo substitutus pupillaris, ad ipsum pertinet primus locus successionis quoad eundem pupillum decedentem in pupillari ætate exclusa Matre per textum *in l. Papinianus §. neque impuberis ff. de inoff. testam.*, ergo ad ipsum primo loco spectat tutorem pupillis petere, non ad ipsam matrem per textum *in auth. de hæred. ab intest. ven. § ex his collat. 9. & auth. sicut C. de legit. tut.* Sed hanc causam meritò alij non admittunt, &

Excusatur item, quando pupillus habet substitutum pupillarem, secundũ aliquos.

Probant primo cum *Montano de tut. & curat. c. 18. n. 42.*, quod onus in matre petendi tutorem pro filijs nõ solum prouenіat ob spem futurę successionis, sed etiã 73 ob respectũ naturalis pietatis, quæ eam facere debet maximè sollicitam pro salute liberorum per textum *in l. cum Pater §. mundo ff. de legat. 2. & in l. si mater C. de inoffic. testam.*, ergo, quamuis non teneatur in hac hypothesi ob spem futurę successionis, tenebitur tamen ex alio capite naturalis pietatis. Hoc onus naturalis pietatis ad petendum pro filijs impuberibus, quod agnoscit *Montanus loc. cit.* in Matre, quando adest substitutus pupillaris, non agnoscit *Angelus consil. 118.* in Auia quoad nepotes, quæ vno gradu remotior est ab eisdem nepotibus; Sed hæc probatio valde non vrget, quia licet titulus naturalis pietatis obliget matrem ad sollicitudinem pro salute liberorum suorum impuberum, quantum est ex se non obligat sub pæna amissionis successionis, seu iuris succedendi ad eosdem liberos decedentes in pupillari ætate, cum hæc pæna inducatur solummodo à iure positiuo ciuili, quod in tantum obligat, in quantum vrget in eadem matre ius successionis, & sic disponitur per ius ciuile sub pæna talis priuationis; cum igitur in præsenti hypothesi spem proximam non habeat successionis, cum primo ad eandem vocetur substitutus, ideò videtur in eadem cessare onus petendi sub tali pæna.

Congruẽtius non excusatur.

Mo-

per hoc intelligatur renuntiare tutelæ, nec sibi præiudicium inferre per textum *in l.tutela vers. ff.de legit. tut.*; sicque non aperitur Auiæ locus ad petendum, nisi mater prius apud acta publicè renuntiauerit eidem tutelæ, & omni iuris impedimento. Sed non libenter annuerem huic opinioni, quia, cum Mater teneatur intra certum tempus assumere tutelam, vel petere dari filijs tutorem, si nec assumpserit, nec petierit intra tale tempus sic iure disponente videtur sufficienter eo tempore elapso eidem tutelæ renun-

82 Congruẽtius tamen priuatur.

tiasse, vel saltem à iure exclusa, vnde dicebamus in præcedentibus, quod in hoc non possit mora purgari; Nec obstant ea, quę in pręcedentibus dicebamus, quod scilicet licet existant consanguinei, & alij legitimi tutores, non liberetur mater a pæna priuationis, si intra annum non petierit, quia istis non aperitur locus ad petendum, nisi mater publice apud acta renuntiet tutelæ, & omni alij iuris impedimento, quod etiam videntur probasse *Ancharanus cons. 104. num.3., Tellus Fernandez in l.6. Tauri num. 35., Baldus in l.matres num.1.C. ad Tertul. & in l.precibus nu.18.C. de impub. & alijs.* Nonobstant, inquam, quia ea procedunt dumtasat durante anno Matri concesso, vel ad assumendam tutelam, vel petendum tutorem, intra quod alijs non aperitur locus ad petendum, nisi mater expressè renuntiauerit tutelæ apud acta; Cæterum elapso anno eidem concesso videtur alijs proximioribus immediatè apertus locus ad petendum, qui propterea, si intra annum ab elapso concesso Matri non petierint, non erit, cur non sint priuandi.

Decima septima causa excusans secundum aliquos est, si mater habuit à marito tacitam facultatem secundo nubendi,

83 Si mater habuerit à marito tacitam facultatem secũdo nubendi secundum aliquos excusatur, si filijs tutorem non petierit.

prout notant *Antonius Gabriel commun. opin. concl.1.de tutelis num 37., Hieronimus Gratus cons.83.vol.2.num.12.& 13.*; tunc etenim, si tutorem non petierit, asserunt, quod non priuetur iure successionis; nam eo ipso, quod primus maritus pater filiorum ei facultatem fecit secundo nubendi videtur eam exclusisse a munere tutelæ, cum videantur incompossibilia, quod mulier transeat ad secunda vota, & sit tutrix filiorum prioris matrimonij. Sed non libenter acquiescunt, & meritò huic causæ excusanti *Montanus de tut. & curat. d.c.18.n.121.vers. hac autem limitatio, & alij*; nam, quidquid sit, quod per illam licentiam datam a primo marito vsori transeundi ad secunda vota intelligatur ex voluntate eiusdem mariti implicita, vt ipsa non sit tutrix, (quod tamen non ita verum est vt supponitur) non per hoc intelligitur eadem vxor immunis ab

84 Probabilius tamen non excusatur.

onere petendi tutorem intra annum iuxta dispositionem textus *in l.sciant qui C. de legit.tutor.*, hæc etenim duo, quod mater habens licentiam a marito transeundi ad secunda vota non possit esse tutrix filiorum, & quod intra annum ab obitu primi mariti teneatur filijs tutorem petere valde diuersa sunt, nec ex eo, quod per talem licentiam arguatur, quod non possit esse tutris, in consequentiam arguitur, quod etiam eximatur ab onere tutorem petendi; vnde solum inferri potest, quod per licentiam illam mariti factam vxori transeundi ad secunda vota, esimatur vxor à pænis alias impositis ipsi Matri in fauorem filiorum primi matrimonij, vt notant *Glosa in auth. de nuptijs §.vnum itaque vers. sine dic, Decius in c.Ecclesia Sanctæ Mariæ nu.35.de constit., Couarruuias de sponsal. part. 2.c.3.§.9.nu.5., Matthæus de Afflictis decis. 75. num.5. & alij,* non autem, quod eximatur ab alijs pænis ipsi impositis à iure ob non petitum tutorem; hæ namque pænæ sunt diuersæ ab alijs prioribus, nec irrogantur in ordine ad eundem finem *Montanus de tut. & curat. d. c. 18. num. 122.*

Rationes pro hac non excusatione.

Decima octaua causa secundum aliquos est, quando mater tutorem non

85 Mater nõ petens tutorem secundũ aliquos excusatur, si vnus tantum extet pupillus, nec alij extent, qui possint eidẽ succedere ab intestato.

petijt existente dumtasat pupillo, nullisque alijs liberis, qui ab intestato succedere possent eidem pupillo, quia tunc matre extante nullus alius ab ipsa posset ab intestato eidem pupillo succedere *Aretinus cons.4.num.4.*, qui ad hanc suam opinionem confirmandam dicit, quod hæc pæna priuationis ob non petitum tutorem sit inducta in fauorem filiorũ, scilicet vt ipsis successio deferatur per textum *in auth.de nuptijs §. quoniam, & §. si vero expectet in princip.*, ergo, si nulli extant tunc liberi, seu alij filij, qui succedant ab intestato pupillo, cessabit huiusmodi dispositio pænalis aduersus matrem. Sed meritò hanc causam impugnant *Silua nuptialis secunda part. nu.53. limit.11., Paulus de Castro cons.28., Fulgosius cons.90., Barbatius cons. 67. lib.3.*,

Probabilius tamẽ non excusatur.

nam hæc pæna in fauorem filiorum inducta est solummodo ad eum effectum, ne ex incuria Matris in petendo tutorem ipsi remaneant indefensi, & bona ipsorum obnoxia damnis; vnde iura, quæ Matrem allexerunt ad curam filiorum, & eorum vtilitatem capescendam sub spe futuræ successionis, a neglectu etiam voluerunt remouere, & ab incuria addita illa pæna, si munus ipsi adiunctum non adimpleuerit, nec in

hoc

ter considerauit *Bartolus conf. 30., Vanocutius Titij nu.2. lib.1.*, dum dixit, quod,

38 Soluuntur nonnullæ instantiæ oppositæ.

si mater negligens fuerit, quia fortè per plures menses à morte mariti stetit prægnans, non possit succedere per textum *in l.2. §. si mater vers. quod, si eum prægnans ff. ad Tertul.*, quæ certè verificari non possent, si curator simplicitèr bonis esset petendus. Hoc idem firmauit *Baldus in l. precibus C. de impub., & alijs substit., & in l. matres 3. C. ad Senat. Consult. Tertul.*, dum scripsit, mirum non esse, matrem habere annum ad petendum tutorem nato puero, non autem ad petendum curatorem puero, qui est in vtero, quia tunc periculum est in mora, & quia fauorabilior est causa partus, quam pueri, quæ certè indicant curatorem præcipuè ventri esse petendum.

In ordine ad tertium dicendum est, Matrem non excusari à pæna priuationis quoad successionem, si curatorem ventri non petierit, licet postea edito partu in lucem eiusdem tutelam susceperit.

39 Priuatur, si ventri prægnanti curatorem nō petierit, quantumuis edito fœtu tutelam susceperit.

Baldus in l. matres C. ad Senat. Consult. Tertul., Bartolus conf. 22. Homo Acursals in fortiori casu lib. 1. num. 5. & conf. 63. In quæstione proposita nu. 5. lib. 2. Ratio ex eo deducitur, quia, ex quo ventri curatorem non petijt, iam est facta rea delicti, quod consummatum iam est, ergo non est, cur non debeat subesse pænæ iniunctæ tali delicto. Adde, quod ex superius dictis in hoc genere mora purgari non potest, ergo eadem commissa non erit amplius locus successioni, quod etiam firmauit *Ioannes de Monte Sperell. conf. 272. quantum ad primum dubium nu. 3., Franciscus Viuius decis. 364. quantum ad primum dubium num. 3.*

In ordine ad quartum, quidquid ex aduerso dixerit *Stephanus Gratianus disceps. for. c. 72. n. 27.* sentiendum est, quod

40 Ad incurrendam hanc pænam non requiritur, quod mater ex industria tutorem non petierit, sed sufficit, quod non petierit ex incuria.

ad incurrendam hanc pænam priuationis non requiratur, quod Mater de industria, & data opera omiserit curatorem petere, sed sufficiat, quod omiserit ex incuria, prout latè probat *Ansaldus conf. 101. à nu. 57. ad 63.* allegatis ad satietatem iuribus, & DD. Idipsum expressè sentit *Francis. Viuius comm. opi. n. 553. verb. mulier nam, 16. & 17., Baldus conf. 432. Iste casus remissiuè de facto contingit n. 1. vol. 2.*, & ratio potissimum ea est, quia causa finalis iurium sub pæna priuationis ad successionem præcipientium Matrem debere ventri prægnanti curatorem petere, est, & fuit, ne ex incuria Matris in petendo præiuditium ventri, seu posthumo, cum in lucem venerit, inferatur, quod præiudicium æquè sequi potest, etiam si ex industria mater tale munus petendi omiserit, quod adeo verum est, vt doceant satis communiter, quod nec possit mater ignorantiam iuris allegare per textum *in l. fin. C. qui pet. tut.* addita ratione, quia tale onus petendi curatorem in iure naturali consistit per textum *in l.2. C. de in ius vocando*; Nec obesse potest textus *in l. editum 2. ff. de ventre inspiciend.*, quandoquidem hic textus in longe diuersis terminis procedit; nam ibi sermo est de Matre, quæ ob naturalem verecundiam noluit ventrem inspici, & ideo excusatur à pæna illius edicti, quia illud verecundiæ mulierum aduersatur; in nostro autem casu iura præcipientia matri petere ventri prægnanti curatorem ius naturale potius fouent, quam eidem aduersentur per textum *in l. Matris pietas C. qui pet. tut., & in princip. Instit. de iure natural. gent. & ciuil.*, adeoq; &c.

ASSERTIO III. Quamuis mater teneatur regularitèr ad petendum tutorem filijs impuberibus intra annum a die scientiæ obitus mariti sub pæna priuationis quoad successionem in bonis eorundem, in plerisq; tamen casibus excusatur ab eadem pæna, si omiserit petere. In hoc communiter consentiunt. Singulas causas, ob quas excusatur, iam expendo.

41 In multis casibus Mater excusatur ab hac pæna.

Prima est, quando eiusdem Matris consanguinei defuncti sunt, & durat tempus luctus, quod non protrahitur vltra nouem dies, prout docent *Bartolus in l. fin. §. donec C. de iur. delib., Rodericus Suarez in l. post rem iudicatam limit. 9. n. 2. ff. de re iud.* apud *Stephanum Gratianum discept. for. c. 243. nu. 18.*, pro illo etenim tempore, quo mater plorat consanguinei iacturam, non videtur molestanda in inquisitione tutoris, ne afflictio addatur afflictæ. Sed vix videtur hæc causa posse matrem excusare, cum luctus non duret nisi ad Nouendium, & tempus ad petendum tutorem perseueret ad annum. Sed in plerisq; hæc causa potest matri prodesse; primo vt notat idem *Stephanus Gratianus loc. cit.*, quia, si pro illo anno plures eiusdem Matris consanguinei obierint, potest habere excusationem pro diuturniori tempore ad ratam consanguineorum defunctorum, pro quibus singulis nouendium est numerandum; secundo, quia, si consanguineus obierit ante nouendium à completo anno ad petendum tutorem matri concesso, nouem illi dies dati ad luctum non sunt computandi in anno, sed protrahendi vltra tempus luctus, prout etiam considerauit idem *Stephanus Gratianus discept. for. c. 403. n. 26.* Tertio, quod; quantumuis mors consanguinei contigerit, vel in prin-

42 Ob mortem consanguineorum durante tempore luctus.

Quomodo hoc sit intelligendum.

principio, vel in medietate anni possit illud nouendium destinatum ad luctum non computari in anno dato matri ad petendum tutorem; & licet in præcedentibus sublimitando dixerimus, quod, si mater protraxerit in fine anni petitionem tutoris pro filijs, ita vt non possit ipsam intra annum complere, non excusetur à pæna priuationis; hoc tamen obesse non potest præsenti casui, in quo supponimus, quod per illud nouendium, quod datur vltra annum in compensationem illorum dierum, qui dantur ad luctum consanguinei, possit petere, & complere petitionem.

43 Etiam ob ægritudinem Matris. Secunda est, quando ipsa mater ægritudine fuit detenta intra illum annum destinatum ad petitionem tutoris, prout docent *Magonius decis. flor. 43. num. 6.*, & eum eo sentiunt *Socinus cons. 52. num. 35. & 36. vol. 2., Maranta in repet. l. is potest nu. 245. ff. de acq. hæred., Silua nupt. part. 2. nu. 52. limit. 13., Antonius Gabriel concl. t. de tutela nu. 58.*, tempus enim non videtur currere legitimè impedito, vt est mater, quando est infirmitate detenta; & licet *Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 16. num. 106.*, non videatur excusare Matrem ab hac pæna, si ob infirmitatem tutorem filijs non petierit intra annum à iure statutum, adducens textum *in l. 2. §. confestim ff. ad Tertul.*, vbi per illa verba *ita tamen vt nullo modo annale tempus excederet*, asserit, quod in casu infirmitatis etiā non possit annus excedi, eum necessitas vrgeat, & mater impedita infirmitate id sciat, & scire debeat, qui propterea subdit, quod teneatur per alium tutorem petere, vt præcaueat à detrimento, quod pupillis potest imminere; Nihilominus causa, quæ ipsam excusat à petitione, videtur etiam excusare à missione procuratoris ad petendum, eum versemur in pænalibus, quæ exigunt latam culpam, & sicuti eodem Gutierez non contradicente ratione temporis luctus ob mortem consanguinei excusatur, nec eidem imputatur, quod per Procuratorem non petierit, ita non video, cur non sit excusanda propter infirmitatem, qua fuit detenta, eum magis videatur premere infirmitas, quam luctus &c. Limitarem tamen in casu, quo infirmitas esset ita exigua, vt eandem Matrem non impediret a similibus functionibus; subintraret etenim tunc id, quod tradit excipiendo *Montanus de tut. & curat. c. 18. num. 35.*, nempe, quod, quando impedimentum de facili remoueri potest habeatur pro non impedimento *arg. textus in l. fin. §. illud C. de tempor. appel.*; nam non dicitur quis impeditus, qui de facili potest remouere impedimentum *Baldus in l. quibus diebus ff. de condit. & demonst.*, quod potissimum verificatur in hac materia, in qua sedulum requiritur petendi tutorem officium, & plenum.

Quomodo hoc sit intelligendum.

44 Ob ignorantiam, absentiā, & simile impedimentum. Tertia causa esse potest ignorantia; absentia, vel aliud simile impedimentum *Montanus de tut. & curat. c. 18. num. 33. & seqq., Menochius de arbitrar. c. 572. nu. 18., Socinus cons. 52. num. 35. & 36. vol. 2., Marantus in repet. d. l. is potest num. 245. ff. de acquir. hæred., Silua nuptialis secunda part. num. 53. limit. 13.*, nec in hoc dissentit *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 16. nu. 106.*, quamuis dissentiat, quando impedimentum est ob infirmitatem, nam, vt asserit ipse, quando est absens, & ignorans, vincere nequit impedimentū, adeoque iustè excusatur. Ratio in vniuersum ea esse potest, quia aduersus absentem, & ignorantem non currit tempus præcipuè in ordine ad pænas.

45 Non priuatur etiam, Pater est deportatus, seu bannitus, non in perpetuū. Quarta causa est, quando Pater mortuus non fuit naturaliter, sed ciuiliter tantum per deportationem, seu per exilium; si etenim tunc Mater intra annum tutorem filijs impuberibus non petierit, non priuatur successione, prout docent *Gratianus discept. for. c. 462. per totum, Montanus de tut. & curat. c. 18. num. 33., Corneus cons. 55. à nu. 20. vsque ad 31. lib. 2.* Ratio autem ex eo desumitur, quia ex eo, quod Pater fuerit bannitus, non propterea eius filij desinunt esse sub ipsius patria potestate, prout latè docet *Gratianus loco cit.*, vnde etiam dicitur, quod filij bannitorum non possint testari, quod sint sub Patris potestate per textum *in l. qui in potestate ff. de testam.*, tutor autem non datur ei, qui adhuc est sub patria potestate *l. fin. in princip. C. de curat. furios., Siluester instit. de tutel. in princip. post gloss. ibi in verb. non sunt, Clemens de patria potest. affec. 14. num. 1., & 2.*, ergo Mater in eo casu non petens tutorem, filijs nō priuatur successione eorundem.

46 Priuatur tamen, si non petat filijs curatorem, quando Pater nō potest petere, nec per se, nec per procuratorē. Circa hanc causam plurimæ insurgunt rationes dubitandi, quas expendo: Primò, an, quamuis non priuetur successione filiorum, ex eo, quod non petierit eisdem tutorem existente Patre bannito, eum tutor eis dari non possit, priuetur tamen tali successione ex eo, quod eisdem non petierit curatorem? Quod existente Patre bannito possit filijs eius dari curator ad instar eius, qui habet Patrem apud hostes videtur deduci ex textu *in l. muto 6. §. ei cuius ff. de tutelis l. in possessionem 6. §. fin. ff. quib. ex caus. in possess. eat. l. idem priuilegium 32. ff. de reb. auct. Ind. possid., Ripa in l. ex facto 18. §. ex facto in fin. vers. ex quo corrollariè num. 19. ff. ad*

 Se-

Senat. Consult. Trebellian., *Peregrinus de iure Fisci lib.3.tit.7.num.13.*, nec existimandum est, huiusmodi pænam esse præcisè iniunctam contra Matres tutorem pro filijs non petentes, quandoquidem supra diximus, hanc pænam extendi etiam aduersus Matrem non petentem ventri prægnanti curatorem; ex quibus videtur sequi, quod, si mater in ea hypothesi curatorem filijs non petierit, sit eorundem successione priuanda. Ex alia parte, cum Pater, quantumuis bannitus adhuc, vt supra, retineat patriam potestatem erga filios, ipsius onus videtur esse, petere pro eisdem curatorem saltem per Procuratorem, non matris, quæ proinde, si non petat, non videtur pænæ priuationis subijcienda. Quod, si supponas Patrem, nec per Procuratorem posse filijs curatorem petere, & inquiras, an mater in eo casu teneatur petere sub tali pæna? tunc valde probabiliter crederem, quod, si ipsa administrationem non susciperet, sub tali pæna teneretur curatorem exigere, cum militet in hoc eadem ratio, quæ vrget in casu, quo non peteret tutorem, quando hic dari posset, ne scilicet bona pupillorum subiacerent obnoxia damnis, & dilapidationi, & incongruè videretur admittenda ad successionem illorum bonorum, quorum conseruationem neglexit culpabilitèr,

Secundo, an, si Pater fuerit relegatus, seu bannitus in perpetuum, ita vt nulla adsit spes liberationis, teneatur mater sub pæna priuationis huiusmodi filijs suis impuberibus tutorem petere? Sentiendum est in hac hypothesi, matrem teneri pro filijs tutorem petere *Stephanus Gratianus discept. for. c.462. nu.7.*, *Alban. in l.1. ad med. vers. puto, quod, si ex banno C. qui pet. tut.*, hocque expreßè deducitur ex textu *in l.3. C. qui pet. tut.*, vbi æquiparatur quoad hunc effectum defunctus, & perpetuo relegatus. Ibi *In locum tutoris defuncti, & relegati alium dari tutorem filijs suis idoneum ex eadem prouincia à Iudice competente postula*, & licet hic textus loquatur non de Patre, sed de alio tutore, ad effectum tamen, ad quem allegatur, parem in ordine ad vtrumque sortitur rationem, quatenus infert, quod mortuus, & perpetuo relegatus in hoc sint pares.

47
Si Pater fuerit bānitus in perpetuū Mater tenetur petere sub pæna priuationis,

Tertio, an, si Pater fuerit bannitus, ita vt posit impunè occidi, teneatur mater filijs tutorem petere, adeout, si non petat, omittat ius ad succeßionem eorundem? Bartolus *in l. si adulterium §. liberta ff. de adult.*, *Alexander cons.75. n.11. lib.1.*, *Hondedeus cons.95. & 96. lib.1.*, *Clemens de patr. pot. c. vlt. num.13. & 21.*, *Altiatus cons.96. tom.3.* videntur sentire, quod in hac hypothesi mater teneatur filijs tutorem petere, & non petendo amittere succeßionem, dum dicunt, quod perdatur patria potestas, quando ratione banni Pater poßet impunè offendi, & ad hoc conferre non modicum poßunt Constitutiones Pij IV. à Pij V. volentium, quod, quando bannitus potest impunè offendi, habeatur pro mortuo, & pro hoste ciuitatis, & pro diffidato. Contrarium nihilominus sentit *Stephanus Gratianus discept. forens. c.319. nu.24.*, *& c.462. num.4.5. & 6.*, qui aßerit, quod ea, quæ dicuntur per præallegatos DD., procedant dumtaxat in bannitis pro crimine læsæ Maiestatis, pro rebellibus, & transfugis, qui ad hostes se conuertunt; non autem in bannitis pro alio crimine capitali, etiam si poßint impunè offendi, cum eorum condemnatio eos non grauet in ordine ad patriam potestatem, sed dumtaxat in ære, & iuribus suis, pro quo allegat *Salicetum in l.1. q.6. C. de hæred. instit.*, *Ripam in l. fin. q.13. C. de reuoc. donat.*, *Peregrinum de iure fisci lib.3. tit.7. num.13. in fin.*, *& alios*.

48
Quando Pater potest impunè occidi tenetur mater filijs secundum aliquos tutorem petere.

Quinta causa est, si mater fuerit minor 25. annis per textum expreßum *in l.2. C. si aduersus delict.*, cuius verba recito enim expreßè euincant intētum. Dicit igitur textus *Licet in delictis ætate neminem excusari conftet, matri tamen, quæ filijs tutorem ætatis lubrico lapsa non petit, eorum minimè denegari successionem conuenit, cum hoc in maioribus matribus tantum obtineat*; atque in hoc consentiunt *Gratianus discept. for. c.862. num.20. & seqq.*, *Montanus de tut. & curat. c.15. nu.107.*, *& c.18. nu.43.*, *Ioannes Gutierez de tut. part.1. c.16. n.90.*, *Maranta in repet. l. is potest nu.237. in quarta limit. ff. de acquir. hæred.*, *& communiter DD. in l. matris C. ad Tertul.*, quod adeo verum existimant, vt etiam si transacto anno dato ad petendum tutorem mater afficiatur maior, & postquam maior fuerit, non petierit tutorem per annum, neque priuetur iure succeßionis *Gutierez. loc. cit. nu.91.*, *Baldus in l. precibus col.4. vers. quod ergo C. de impub.*, *Decius cons.39. col.6. vers. & prædicta procedunt*, *Iason in l. sciendum §. fin. col. vlt. vers. ad idem facit ff. qui satisd. cog.*, *Aucharanus cons.440. col. vlt.*, cuius ampliationis eam arbitror esse rationem, quia iura obligant dumtaxat Matrem ad petendum tutorem pro filijs intra annum à die obitus mariti, quo propterea elapso, & non petito tutore, cum petere non teneretur ob minoritatem ætatis, erit exempta mater ab onere petendi, nec

49
Mater, si fuerit minor 25. annis nō priuatur succeßione filiorum, si eisdem non petierit tutorem.

50
Ampliatur secundum aliquos, etiam si Mater facta fuerit postea maior.

51
Congruētius tamen ampliatio non est admittenda.

affi-

afficietur pæna priuationis quoad eorum successionem; Sed hoc non libenter admitterem, quod onus petendi tutorem habet causam continuam, quousque filij sint in pupillari ætate, cum pupilli quotidie nouam læsionem possit pati, si sibi de tutore non prouideatur, ergo etiã elapso illo anno, pro quo ob minoritatem ætatis excusatur à petitione tutoris, non deobligabitur ab onere petendi, si pupilli in pupillari ætate adhuc viuant.

Soluuntur rationes contrariæ.

Quamobrem auctores, qui asserunt, quod, si mater postea efficiatur maior, adhuc excusetur, nec subdatur pænæ priuationis, si non petierit, arbitror intelligendos esse, quod excusetur pro illo anno minoritatis, si intra illum non petierit, non obstante sequenti maioritate, non autem, quod excusetur, si postquam facta fuerit maior, & adhuc filij in impubertate perseuerent, hoc munus non adimpleuerit; ad quod confirmandum repeto ea, quæ in præcedentibus dicebam, quod scilicet, si mater fuerit vel infirmitate detenta, vel luctu per multos menses ob obitum successiuum plurium consanguineorum excusetur quidem pro illo tempore, sed illud protrahatur dempto illo tempore infirmitatis, & luctus.

52 Si Mater minor intra annum ab obitu mariti facta fuerit maior, & nõ petierit tutorem priuatur successione, etiam si filij decesserint in impubertate.

Circa hanc causam nonnulla etiam contingunt dubitari, & primo, an, si mater minor intra annum ab obitu mariti facta fuerit maior, & non petierit tutorem, priuetur iure successionis in bonis filiorum, si decesserint in impubertate? Hoc in dubio diuisos DD. inuenio. Aliqui, inter quos *Oldradus, & Paulus de Castro in l. minoribus C. de his quib. vt indig.*, *Angelus in l. illicitas §. fin. ff. de offic. Præsid.* existimant, quod, si mater fuerit facta maior intra annum ab obitu mariti, debeat petere filijs tutorem, & si non petierit, priuetur iure ad successionem eorundem filiorum, si decesserint in ætate pupillari. Ad hoc mouentur pluribus rationibus; primo, quia priuilegium concessum ætati non prorogatur vltra ætatem, cum cessante causa priuilegij cessare debeat, & ipsum priuilegium; cum igitur Mater, cui in minori ætate assistebat priuilegium, ne sub pæna amissionis iuris ad successionem teneretur filijs tutorem petere, facta fuerit maior, & ætati maiori priuilegium illud non assistat, non potest eodem gaudere, si in tali maiori ætate tutorem non petierit.

Rationes pro hac sententia.

Secundo, quia, vt supra innuebamus, onus petendi tutorem habet causam continuã, & successiuam durante filiorum impubertate, vnde licet mater eximatur à tali onere durante ipsius minoritate, cum tamen ad maioritatem peruenerit, & vtique durante anno ad petendum, & perseueret in filijs necessitas habendi tutores, vtique, si tunc defecerit à petitione eiusdem, erit obnoxia pænis contra non petentes tutores impositis. Tertio, quia matri minori non petenti tutorem intra annum à iure præscriptum parcitur ob lubricitatem ætatis minoris per textum *in d. l. 2. C. si aduers. delic.*, ergo cessante tali minori ætate eidem non est parcendum, quia qualitas adiecta verbo debet regulari secundum tempus verbi per textum *in l. in delictis §. si extraneus ff. de noxal. l. Titio ff. de militar. testam.*

53 Contraria sententia exponitur.

Alij è contra, inter quos *Speculator in tit. de restit. in integ. §. 1. num. 16.*, *Baldus in auth. si captius C. de Episc. & Cler.*, *Curtius Iunior cons. 8. num. 15.*, *Hieronimus Gratus cons. 8. nu. 7. & seqq.*, *Marantus in repet. d. l. is potest nu. 237. vers. 4. limit. 1.*, *Gabriel. commun. opin. cit. de tutelis concl. 1. nu. 51.* sustinent, quod, etiam si mater intra annum à iure præscriptum ad petendum tutorem pro filijs, peruenerit ad maiorem ætatem, nec tutorem petierit non priuetur iure successionis; & ipsi quoque ad hoc pluribus rationibus mouentur;

Rationes pro hac sententia.

primo, quia non potest dici, quod per annum cessauerit à petitione tutoris, prout requiritur à iuribus priuantibus Matres successione, si non petierint, cum pro parte anni, pro qua mater supponitur minor, non currat eidem tempus, & sic solummodo pro parte anni, pro qua facta est maior cessauit. Secundo, quia initium obligationis attendendum est argumento eorum, quæ tradit *Glosa in d. l. minoribus verb. respondet C. de his quib. vt indign. in vers. sed quid si*, & per textum *in l. 3. §. scio ff. de minor.*, & sic cum initium aptum non sit ad hoc onus respectu matris minoris, non debet hæc priuari beneficio, quod debet esse perpetuum.

54 Si maior effecta post annũ à maioritate nõ petierit filijs tutorem eorum hæreditate priuatur.

Ego in hac opinionum diuersitate easdem sic conciliare studeo; nempè, quod prima procedat, si à tempore, quo mater maior est effecta, ad annum non petierit tutorem, & filij adhuc in impubertate perseuerauerint, tunc etenim successione eorumdem est priuanda; secunda verò procedat, si à tempore maioritatis acquisitæ, non elapsus fuerit annus, & filij in impubertate decesserint. Iuxta hunc nostrum sensum procedunt *Ioannes Guetierez de tut., & curat. part. 1. c. 16. nu. 94.*, *Baldus Nouellus in tract. de dote part. 1 t. princip. priuileg. 1. num. 14. ad fin.*, *Silua nuptialis lib. 2. num. 55. limit. 9. vers. intellige tamen.* Ratio autem ex eo deducitur, quia per textum *in d. l. 2. C. si aduers. delict.* maioribus currit tempus

anni

anni à iure præſcripti ad petendum tutorem, & non minoribus, ergo matri, poſtquam maior fuerit effecta, debet in-

55 Secus. ſi non fuerit elapſus annus à maioritate acquiſita.

cipere currere annus ad petendum, cum tunc nulla cauſa ipſam excuſet, & ſic, ſi per annum à die, quo facta eſt maior, nõ petierit, erit obnoxia pænæ priuationis, cum tunc lapſus ſit annus habilis ad petendum ſine petitione; ſi vero non elapſus ſit annus à die quo facta eſt maior, & filij occubuerunt, non erit obnoxia tali pænæ, cum tempus præſcriptum ad pænam non interuenerit. Quamobrem ad ea, quæ ex Speculatore, & alijs fuerunt adducta, dicendum eſt, ea procedere, quando mater tempore mortis mariti erat minor, & poſtea facta maior non petijt tutorem filijs infra annum a morte ſcilicet mariti numerandum, quia tunc re vera non eſt priuanda ſucceſſione eorundem filiorum, cum tunc non habuerit integrum annum, quo teneretur petere tutorem, quandoquidem pro anni parte, pro qua erat minor, non tenebatur petere; ſecus quando effecta eſt maior, & a tempore maioritatis acquiſitæ lapſus eſt annus integer, & in eodem non petijt, quia tunc nullam habet excuſationem, cum annus habilis ad pænam integer percurrerit ſine adimplemento oneris. Hæc tamen, quæ dicta

Rationes pro hac opinione

ſunt, intelligenda ſunt, attento iure cõmuni, quando mater facta vidua intra annum, quo mortuus eſt maritus, peruenit ad annum vigeſimumquintum, quo completo a die complementi non petijt per annum tutorem, quia tunc re vera

56 Stante ſtatuto reducente maioritatem ad minorẽ annũ, mater priuatur ſucceſſione, ſi poſtquam peruenerit ad talem annũ intra annum non petierit tutorem.

priuatur ſucceſſione, ſi verò loquamur attento iure municipali alicuius Ciuitatis, ſecundum, quod vidua habeatur pro maiori in minori ætate vigintiquinque minorum puta in decimo octauo, vel vigeſimo anno, & tunc durante anno luctus peruenerit ad decimum octauum annum, vel vigeſimum ſuæ ætatis, tunc, ſi à die talis ætatis completæ per annum, tutorem dari non curauerit filijs, certum eſt, quod tali ſucceſsione priuetur, quia huiuſmodi ſtatutum reductiuum maioritatis ad annum minorem vigeſimo quinto tenet, & obligat, vt docet *Salicetus in l. 2. C. de his, qui ven. ætat. impet.*

Secundo, contingit dubitari, an cum onus petendi tutores filijs impuberibus non ſolum incumbat matri, ſed etiam alijs, qui ius habent ſucceſsionis, vt infra latè dicetur, ſi hi fuerint minores, excuſentur & ipſi à pæna priuationis, eo modo, quo excuſatur mater, & an ea, quæ ſub præcedenti dubitatione dicta ſunt, de iſta æqua ratione ſint intelligenda de illis? Nonnulli aſſerunt, maſculum minorem non excuſari; ad quod duplici ratione mouentur; primo, quia *in d. l. fin. C. ſi aduerſ. delict.*, dicitur hoc eſſe ſpeciale in matre, quia fæmina, ergo

57 Alij conſanguinei à matre, ſi fuerint minores ſecundũ aliquos non excuſantur ab hac pæna.

hæc diſpoſitio non eſt extendenda ad maſculos; ſecundo, quia in fæmina minori potior ratio concurrit, tum ratione minoritatis, cum ratione ſexus fragilis, cum in maſculo ſolum concurrat ratio minoritatis. Alij aſſerunt, maſculum minorem ipſo iure non excuſari, ſicut excuſatur fæmina; iuuari tamen dicunt ope reſtitutionis in integrum ad differentiam matris fæminæ minoris, quæ ipſo iure excuſatur. Sic inter cæteros ſentit *Salicetus in l. ſciant in princip. nu. 1. in verſ. ſed quid, ſi maſculo minore C. de legit. hæred.* Alij inter quos

58 Secundũ alios non excuſantur, ſed iuuantur reſtitutione in integrũ.

Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 16. num. 98. verſ. Ego vero non video Antonius Gabriel. commun. concl. ſub tit. de tutel. concl. 1. n. 55. ſuſtinent, & maſculum minorem ipſo iure excuſari; & ad hoc aſſerendum duplici ratione mouentur, primo, quia hoc priuilegium conceditur matribus minoribus ob lubricitatem ætatis, quæ ratio æquè militat in maſculis minoribus, quinimmo ex multorum ſententia in fæminis feſtinantèr accedit; ex quibus euertitur id, quod pro contraria prima

59 Melius tamen excuſantur à tali pæna.

opinione dicebatur; quod ſcilicet hæc indulgentia excuſationis cõcedatur matri, quia fæmina, quia in textu hæc cauſalis non ponitur, ſed alia nempè, ob lubricitatem ætatis, ibi, *ætatis lubrico lapſa*; ſecundo, quia magis expedit minoribus, vt ob fragilem ætatem ipſo iure excuſẽtur, quam, quod poſt cauſam vulneratam remedio reſtitutionis in integrum eis ſubueniatur, quod argumento a paritate deſumpto probari poteſt *ex l. fin. C. in quibus cauſ. in integ. reſtit. non eſt neceſ.*, vbi in omnibus caſibus, in quibus iura antiqua ſubueniebant minoribus per re-

Rationes pro hac reſolutione.

ſtitutionem in integrum aduerſus temporales præſcriptiones, dicitur, quod huiuſmodi præſcriptiones ipſo iure non currant, & ſic in hoc corrigit eadem iura antiqua, quod etiam extendendum arbitror ad præſentem caſum, ita, vt maſculus minor ipſo iure excuſetur, nec indigeat ope reſtitutionis in integrum; Atq; huic vltimæ opinioni meo videri probabiliori adhærendum cenſeo, cum validis ſit fulfulta rationibus, & ex ipſis eruatur reſponſio aduerſus fundamenta præcedentium opinionũ; huic etiam adhærent *Fulgoſius conſ 52., & Speculator in tit. de reſtit. in integ. §. 1. num. 16., & ſeqq.*

Hic etiam venit examinandum, an, ſi

mater

mater fuerit septuagenaria excusetur à

60 Mater septuagenaria, secundum aliquos non excusatur ab hac pæna, si tutorem non petierit.

pæna priuationis quoad successionem filiorum, si intra annum filijs eisdem tutorem non petierit. Negant *Baldus in l. matres C. ad Tertull.*, *& cum eo Montanus de tut., & curat. c. 18. n. 18.*, cum pietas materna non patiatur matrem de filijs obliuisci, & eorum curam negligere. Affirmat verò *Stephanus Gratianus discept. for. c. 805. n. 23.*, qui ea mouetur ratione, quia septuagenaria præsumitur esse extra memoriam, cum senectus dicatur domus obliuionis *Gomez in c. 1. nu. 97. de constit, in 6.*, & ea, quæ per obliuionem fiunt, venia digna videntur, quam secundum

61 Secundũ alios probabiliter excusatur.

opinionem satis probabilem arbitror. Hoc tamen vnum, cum *Marco Antonio Sabellio in summa diuers. tract. in verb. Mater nu. 4. vers. sed hic casus*, aduertendum est, quod hic casus in matre videatur esse de casu impossibili, cum non possit contingere, quod mater sit septuagenaria, & habeat filios impuberes, vndè prædicta verificari solum posse, videntur in auia.

62 Excusatur mater, si pupilli habeant tutorem testamentarium.

Sexta causa est, si pupilli habeant tutorem testamentarium, tunc etenim mater non petens intra annum tutorem filijs non priuatur iure ad eorum successionem *Gratianus discept. for. c. 219. per totum, Montanus de tut. c. 18. n. 23. in fin., & n. 39., Magonius decis. Flor. 43. n. 4.*, addita ratione, quia quando iam à patre testatore prouisum est filijs de tutore, non est necessaria prouisio à Matre.

Sed quid dicendum sit, si adsint tutores legitimi? Tunc *Glosa in l. Matres C. ad Senat. Consult. Tertul., Socinus conf. 153. col. fin. vol. 2., Seraphinus decis. 830. n. 11., & 12., Bartolus conf. 22., Homo à Cursil. n. 5.* existimant, matrem non petentem filijs tutorem non priuari iure ad eorum successionem; & ad hoc pluribus rationibus mouentur, & primo, quia onus petendi tutorem, tunc solum vrget, quando est locus tutelæ datiuæ, per textum *in l. 2. ff. qui pet. tut.*, sed existente tutore legitimo, non est locus datiuo, ergo &c., secundo, quia ratio finalis, ob quam iura imposuerunt matribus, alijsque habentibus ius ad successionem filiorum

63 Si pupilli habeant tutores legitimos aliqui excusant matrem à pæna, si illis tutorem non petierit.

onus petendi tutores fuit, ne pupilli, eorumque bona remanerent deserta, & indefensa, sed quando iam per legem prouisum est de tutore, cessat illa ratio, per textum *in d. l. 2. ff. qui petant tut., & in l. 2. §. is illud C. quando mul. tut. offic.* Tertio, quia mater, & auia non sunt tutrices necessariæ, sed voluntariæ dumtaxat, si scilicet ipsæ voluerint, vndè, vt asserit *Marianus Socinus conf. 20. nu. 8. vol. 1.* etiam stante matre, & auia hodie dicuntur legitimi tutores, qui de iure erant ante *auth. matri, & auia C. quando mul. tut. offic.* ergo ... sit legitimi tutores, mater non tenet ... alios petere.

Ex aduerso *Ioannes Gutierez de tut., & curat. par. ... 1. c. 6. n. 99. vers. hac tamen sexta lim...*, existimat, matrem non excusari ... capite à pæna priuationis, si tut... non petat, quamuis extent consan..., quibus de iure debeatur tutel..., sau te eandem matre, vel dece-

64 Alij non excusant nisi intra annum apud Iudicem se declarauerit se nolle esse tutricem.

d... existimat tamen sufficientèr excusari, si mater intra annum in actis expressè renuntiet tutelæ declarando, se nolle esse tutricem, quia tunc ipso iure locus aperitur legitimis, & ex tunc mater, & auia non tenetur filijs tutorem petere; Hoc autem non contingeret, si intra annum solemniter non renuntiaret, quia, quantumuis tunc essent consanguinei, se matre non declarante illis aditus non aperitur, cum mater omnibus præferatur. Additur, quod, si simplicitèr, & absolutè vera esset prima sententia, ferè nunquam mater non petens tutores filijs subderetur pænæ priuationis, cum ferè semper adsint, vel de agnatione, vel de cognatione, quibus esset in defectum matris de iure demandanda tutela. Atque iuxta hunc sensum explicat idem *Gutierez loc. cit., Glosam in l. matres C. ad Senat. Consult. Tertull.*, & pro sua opinione allegat *Tellum Fernandez in l. 6., Tauri nu. 35., & seqq., Baldum in l. matres num. 1. C. ad Tertull., & in l. precibus num. 18. Cod. de impub., & alijs.*

Soluuntur rationes contrariæ sententiæ

Ad ea, quæ pro contraria afferebantur, nunc respondendum est, & quidem ad primam fateor, quod onus petendi tutorem non premat matrem extante tutore testamentario, vel legitimo; sed hoc non est applicabile præsenti casui, quia legitimus non est, stante eadem matre, vel Auia, quæ præferuntur cæteris omnibus, quæ propterea, nisi renuntiauerint, non aperitur locus alijs; ex quo deducitur, quod licet in hoc casu non requiratur formalis petitio, requiratur tamen solemnis renuntiatio, qua posita locus aperitur legitimis, sine qua non aperiretur. Idem fere respondeas ad secundum, & tertium.

65 Excusatur Mater, si pupillo prosit, quod tutor nõ petatur

Septima causa excusationis tunc est, quando maximè pupillo interesset, quod per matrem tutor non peteretur; hocque potissimum contingeret in casu, quo eidem pupillo relicta esset pinguis hæreditas, seu legatum, sub conditione, si tutores non habuerit *Montanus de tut. & curat. c. 18. nu. 36., Ioannes Gutierez de tut. part. 1. c. 16. nu. 100., Seraphinus decis. 830. n. 3.*,

n.3., *Iacobus Phylippus Portius commun. concl. lib.1.c.4.limit.7.*, *Morantus in d. l.is poteft nu.242. ff.de acq.hered.*, & exprefsè deducitur ex textu *in l.2.§.fi mater verf. tractari ff.ad Senat.Confult. Tertul.* Ratio ex eo deducitur, quia illa difpofitio iuris, quod mater priuetur fucceffione filiorum, fi eifdem tutores non petierit intra annum, inducta eft in fauorem filiorum, ne ipfi,& eius bona remaneant deftituta defenfione, & vt feruentur illæfa; fed in hac hypothefi fauor filiorũ magis expedit, quod non habeant tutores, quam, quod habeant, quãdoquidem iftis exiftentibus hæreditate ipfis delata priuarentur, ergo, cum expediat eifdem filijs tutores non habere, mater non eft fubijcienda pœnæ, fi non petierit, quandoquidem non petendo profuit eifdem filijs, cæteroqui, quod in eorum fauorem inductum eft, in ipforum odium retorqueretur, fiquidem, fi mater non excufaretur, eofdem peteret, & petendo eifdem quoad hæreditatem delatam præiudicium inferret. Verum tamen eft, quod confideranda eft quantitas hæreditatis, feu legati, an fcilicet talis fit, vt magis expediat illam habere, quam habere tutorem ad rerum fuarum conferuationem; fi etenim hæreditas, feu legatum effet modica, feu modicum, & bona propria pupillorum effet pinguia, & maius effet periculum damni, quam fpes lucri, tunc non libenter eximerem eandem matrem a pœna priuationis, fi tutorem non petierit, cum tunc plus expediat pupillis tutorem habere, quam hæreditatem, feu legatum, & non rectè mater gereret negotium eorundem omittendo petitionem tutoris, vt filij confequerentur hæreditatem, feu legatum.

P[...]ones pro hac caufa excufante.

Intellige, fi maius effet vtile, fi non peteretur, ac fi peteretur

66 Octaua caufa excufationis eft, fi mater pupillis tutorem non petijt eo, quod ipfi erant non foluendo *Ioannes Gutierez part.1. de tut.& curat. c.16. num. 101. & feqq.*, *Marant.in repet. d.l. is poteft n.242. ff. de acquir. hered.*, *Silua nuptialis part.2. num.53. limit. 10.*, & ratio ex eo videtur deduci, quia mater in hac hypothefi non petendo tutorem benè videtur gerere negotium pupillorum, & potius eifdem confulere, quam curam ipforum negligere, eofque prægrauare, quandoquidem, fi petierit, magis inquietarentur pupilli, cum creditores agerent ad confecutionem creditorum fuorum, & fic litium moleftias, & actionum pati cogerentur, quod non eueniret, fi tutorem non petierit, cum tunc pupilli quafi indefenfi non inquietarentur. Ad hoc confirmandum plurimum conferre poffe videtur textus *in l.2.§.fi mater verf. ego etiam ff.ad Senat. Confult. Tertul.* vbi dicitur, quod, fi pupilli fint penitus egeni, mater, fi tutorem pro ipfis non petierit, excufetur, quod idem habet *Bartolus in l.2.C.de negot. geft.* pupilli autem, qui non funt foluendo, habentur pro egenis, cum bona non dicantur, nifi deducto ære alieno per textum *in l.fubfignatum §.cum fimilibus ff.de verb fignif.*, ergo &c. Neque hic audiendus eft *Petrus de Ancharano conf.104. num.5.*, qui, quamuis dicat, quod ob tenuè patrimonium filiorum excufetur à petitione tutoris, non tamen excufetur attento officio pie[...]tis, fi non ipfa affumpfit illud onus, [...]d reliquit filios deftitutos, & fine prot[...]ione indefenfos; ex duplici etenim ca[...]te ipfa tenetur fcilicet, & ob fpem futuræ fucceffionis, & ex motiuo naturalis pietatis, & cum in ipfius arbitrio effet, vel recipere tutelam, vel alium ad eandem petere, & neutrum præftiterit, defecit à munere naturalis pietatis. Subdit idem *Petrus de Ancharano*, quod imperceptibile videatur, quod excufetur, feu excufari poffit mater, fi non petierit tutorem ob egeftatem pupillorum, vel eo, quod non fint foluendo, & quod adfpiret ad eorundem fucceffionem. Addit vlterius, quod, cum tutor detur principalitèr perfonæ, & non nifi fecundario rebus, defecerit grauitèr mater in non petendo tutorem, qui perfonæ pupillorum affiftat. Non, inquam, audiendus eft, quia ea, quæ ipfe afferit, ad fummum verificantur, quando pupilli habent aliquod patrimonium, quod poffit habere defenfionem, vt notat *Gutierez loc. cit. num. 103. verf. nihilominus*, quia tunc ingreditur ratio naturalis pietatis ab ipfo ponderata, quando verò, vel nullum habent patrimonium, vel ita ære alieno grauatũ, vt nihil pupillis poffit fupereffe, tunc pietas potius exigit, vt non inquietentur fine vlla fpe vtilitatis, quam, quod per petitionem tutoris detrudantur in moleftias litium, & actionum. Ad illud, quod primo loco fubditur, eadem refponfione occurrendum eft, quod fcilicet procedat dumtaxat, quando pupilli non funt penitus egeni, adeo vt perfolutis debitis adhuc aliquid eifdem remaneret, tunc etenim mater teneretur, vel tutelam affumere, vel tutorem petere intra annũ, quæ, fi non præftiterit, eidem erit denegenda fucceffio. Ad illud, quod fecundo loco fubditur dicendum eft, quod licet tutor detur principalitèr perfonæ, & non nifi fecundario rebus, nihilominus non coarctetur à iure mater ad petendum, quando pupilli omniuò carent fub-

Excufatur item Mater, fi filij erant non foluendo.

Rationes pro hac refolutione.

Solutiones contrariorũ argumentorum.

substantia, vt expresſè colligitur *in d. l. 2. §. si mater in verſ. quod ſi penitus ff. ad Senat. Conſult. Tertul.* potiſſimum, cum vix poſſet inueniri, qui aſſumat, vnde in hoc caſu tenerentur ad filios alendos, & educandos, qui proximiores ſunt iuxta ea, quæ diximus, dum de obligatione alimentorum.

Si autem hic quæras, quid dicendum

67 Si filijs permanentibus in impubertate delata fuerit pinguis hæreditas tenetur Mater illis tutorem petere.

esset, si postea pupillis, vel titulo hæreditatis, vel legati, vel donationis bona fuerint delata; tunc dicam, quod, si filij adhuc perſeuerent in pupillari ætate à tempore, quo talia bona eiſdem fuerunt delata, teneatur mater vel formiter aſſumere tutelam, vel petere tutorem, quæ, ſi non præſtiterit, ſeu alterum ipſorum, ſubiacebit pænæ priuationis quoad eorum ſucceſsionem, vt videtur innuere idem *Gutierez loc. cit. n. 103. verſ. quod ſi pupilli*, nam tunc nulla adeſiet cauſa excuſans, & tempus anni matri ad petendum vel aſſumendam tutelam tunc incipit currere, quando pupilli bona habere cæperunt.

Nona cauſa excuſationis, ſi mater exiſtat in Montanis, & non habeat facultatem conſulendi peritiores, ſi etenim

68 Excuſatur item Mater, ſi degat in Montanis, nec habeat peritos, quos conſulat.

tunc tutorem non petierit, nec formiter tutelam ſuſceperit, non priuatur iure ad ſucceſsionem, dummodo rectè adminiſtrauerit bona filiorum *Stephanus Gratianus diſcept. for. c. 668. num. 7. & ſeqq., Durandus tract. de condit. & mod. impoſ. part. 1. t. 1. nu. 37., Montanus de tut. & curat. c. 15. nu. 87. & c. 18. nu. 19. & 23., Menochius de arbit. caſ. 194. n. 26. & ſeqq. & num. 66. & ſeqq.* Ratio ex eo deducitur, quia in hac hypotheſi mater non peccauit contra ius naturale, cum rectè adminiſtrauerit bona pupillorum, nec ius illorum factum fuit deterius, ſed ad ſummum contra ius poſitiuum ciuile, in quo ob ignorantiam, & difficultatem conſulendi peritos videtur excuſanda, & licet dicatur, quod ignorantia iuris neminem excuſet; hoc tamen fallit in muliere maximè degente in Montanis *Decius conſ. 445. nu. 35. & conſ. 351. in fin., Ruinus conſ. 60. nu. 25. vol. 3., Baldus in rub. C. de rer. permut. num. 4.* Hanc noſtram opinionem præter præcitatos tenent in ſpecie *Caſtrenſis in l. Clodius col. vlt. nu. 6. & 7. ff. de acquir. hæred. & in l. 2. n. 3. C. de in ius vocand., Bertrandus conſ. 229. num. 1. poſt princip. verſ. ſecus verò videretur lib. 3., Maranta in l. is poteſt nu. 197. ff. de acq. hæred.*

Decima cauſa excuſans eſt non vſus in aliquo determinato loco, quatenus in eodem pæna priuationis aduerſus Matres non petentes tutores filijs intra annum nunquam fuerit obſeruata; per contrarium etenim vſum, ſeu conſuetudinem iura ciuilia abrogantur, nec mu-

69 Excuſatur item, ſi in loco, in quo degit talis pæna non eſt in vſu.

tanda ſunt, quæ diu certam interpretationem obtinuerunt per textum *in l. minimè ff. de legib.*, & ita ſignantèr in his terminis tenuit *Marianus conſil. 34. lib. 2.* Mouent tamen quæſtionem hic DD., an, ad hoc vt mater eximatur à tali pæna, ſi tutorem non petierit, ſufficiat non vſus ſimplicitèr, an verò vlterius requiratur non vſus implicans contrarium vſum. Circa quam *Montanus de tut. & curat. c. 18. n. 29. verſ. neque etiam in locis*, vbi citat

70 Nec requiritur, quod talis non vſus implicet vſũ contrarium.

Alexandrum conſ. 132. nu. 4. lib. 1., Molin. in conſuetud. §. 1. gloſ. 4. num. 12. per ſimplicem non vſum legem non tolli aſſerit, adeoque ex hoc capite matrem excuſandam non eſſe à pæna, ſi tutores non petierit, niſi ſimul probaret non vſum implicantem contrarium vſum, & *Alexander loc. cit.* ad excuſationem à tali pæna exigit, vt in contradictorio iudicio fuerit obtenta ſententia pro tali non vſu, & exemptione Matris à tali pæna, ſi tutores pro filijs non petierit. Sed ego arbitrarer, quod, ſi legitimè conſtaret de non vſu, & hoc in tali loco inualuerit, ſaltem quantum ad pænam Matrem fore excuſandam, cum conſuetudo vim habeat abrogandi quamcunque pænam a iure ciuili impoſitam.

Solum aliquid negotij aduerſus ea, quæ hic dicuntur, videtur faceſſere id, quod ſupra dicebamus, quod Mater vel negligens aſſumere formiter tutelam, vel omittens tutorem intra debitum tempus pupillis petere, peccet non ſolum contra ius ciuile, ſed etiam contra natu-

Soluitur aliqua ratio contraria.

rale, ſcilicet contra naturalem pietatem, quam erga filios tenetur exhibere; licet autem per non vſum poſsit excuſari quoad ea, quæ ſunt de iure ciuili, nunquam tamen poteſt per eundem non vſum excuſari quoad ea, quæ a naturali iure proueniunt. Sed facili ratione me eximo ab hoc, aſſerens in primis hanc difficultatem ceſſare, ſi mater, quamuis formiter, & legitimè non aſſumpſerit tutelam, nec tutorem petierit, rectè adminiſtrauerit bona pupillorum, adeo vt eorum conditio nõ facta fuerit deterior, vt ſupra. Deinde, quamuis aduerſus naturalem pietatem errauerit, ſeu defecerit, arguitur quidem, quod grauem noxam contraxerit, & ſubdatur pænis, quæ à iure naturali proueniunt, non tamen ſubdatur pænis a iure ciuili impoſitis ipſam excuſante contraria conſuetudine, quæ ſaltem quoad pænas iuri ciuili derogat, & ſicuti, ſi ius ciuile nullam pænam imponeret contra matres ſic delinquentes non obſtante iure naturali

per hoc intelligatur renuntiare tutelæ, nec sibi præiudicium inferre per textum *in l. tutela verſ. ff. de legit. tut.*; ſicque non aperitur Auiæ locus ad petendum, niſi mater prius apud acta publicè renuntiauerit eidem tutelæ, & omni iuris impedimento. Sed non libenter annuerem huic opinioni, quia, cum Mater teneatur intra certum tempus aſſumere tutelam, vel petere dari filijs tutorem, ſi nec aſſumpſerit, nec petierit intra tale tempus ſic iure diſponente videtur ſufficienter eo tempore elapſo eidem tutelæ renun-

82 tiaſſe, vel ſaltem à iure excluſa, vnde dicebamus in præcedentibus, quod in hoc non poſſit mora purgari; Nec obſtant ea, quę in pręcedentibus dicebamus, quod ſcilicet licet exiſtant conſanguinei, & alij legitimi tutores, non liberetur mater a pæna priuationis, ſi intra annum non petierit, quia iſtis non aperitur locus ad petendum, niſi mater publice apud acta renuntiet tutelæ, & omni alij iuris impedimento, quod etiam videntur probaſſe *Ancharanus conſ. 104. num. 3., Tellus Fernandez in l. 6. Tauri num. 35., Baldus in l. matres num. 1. C. ad Tertul. & in l. precibus nu. 18. C. de impub. & alijs.* Non obſtant, inquam, quia ea procedunt dumtaxat durante anno Matri conceſſo, vel ad aſſumendam tutelam, vel petendum tutorem, intra quod alijs non aperitur locus ad petendum, niſi mater expreſsè renuntiauerit tutelæ apud acta; Cæterum elapſo anno eidem conceſſo videtur alijs proximioribus immediate apertus locus ad petendum, qui propterea, ſi intra annum ab elapſo conceſſo Matri non petierint, non erit, cur non ſint priuandi.

Congruẽtius tamen priuatur.

Decima ſeptima cauſa excuſans ſecundum aliquos eſt, ſi mater habuit à mari-

83 to tacitam facultatem ſecundo nubendi, prout notant *Antonius Gabriel commun. opin. concl. 1. de tutelis num 37., Hieronimus Gratus conſ. 83. vol. 2. num. 12. & 13.*; tunc etenim, ſi tutorem non petierit, aſſerunt, quod non priuetur iure ſucceſſionis; nam eo ipſo, quod primus maritus pater filiorum ei facultatem fecit ſecundo nubendi videtur excluſiſſe a munere tutelæ, cum videantur incompoſſibilia, quod mulier tranſeat ad ſecunda vota, & ſit tutrix filiorum prioris matrimonij. Sed non libenter acquieſcunt, & meritò huic cauſæ excuſanti *Montanus de tut. & curat. d. c. 18. n. 121. verſ. hæc autem limitatio, & alij*; nam, quidquid ſit, quod per illam licentiam datam a primo marito vxori tranſeundi ad ſecunda vota intelligatur ex voluntate eiuſdem mariti implicita, vt ipſa non ſit tutrix, (quod tamen non

Si mater habuerit à marito tacitam facultatem ſecũdo nubendi ſecundum aliquos excuſatur, ſi filijs tutorem non petierit.

ita verum eſt vt ſupponitur) non per hoc

84 intelligitur eadem vxor immunis ab onere petendi tutorem intra annum iuxta diſpoſitionem textus *in l. ſciant qui C. de legit. tutor.*, hæc etenim duo, quod mater habens licentiam à marito tranſeundi ad ſecunda vota non poſſit eſſe tutrix filiorum, & quod intra annum ab obitu primi mariti teneatur filijs tutorem petere valde diuerſa ſunt, nec ex eo, quod per talem licentiam arguatur, quod non poſſit eſſe tutrix, in conſequentiam arguitur, quod etiam eximatur ab onere tutorem petendi; vnde ſolum inferri poteſt, quod per licentiam illam mariti factam vxori tranſeundi ad ſecunda vota, eximatur vxor à pænis alias impoſitis ipſi Matri in fauorem filiorum primi matrimonij, vt notant *Gloſa in auth. de nuptijs §. vnum itaque verſ. ſiue dic, Decius in c. Ecleſia Sanctæ Mariæ nu. 35. de conſtit., Couaruuias de ſponſal. part. 2. c. 3. §. 9. nu. 5., Mattheus de Afflictis deciſ. 75. num. 5. & alij*, non autem, quod eximatur ab alijs pænis ipſi impoſitis à iure ob non petitum tutorem; hæ namque pænæ ſunt diuerſæ ab alijs prioribus, nec irrogantur in ordine ad eundem finem *Montanus de tut. & curat. d. c. 18. num. 122.*

Probabilius tamen non excuſatur.

Rationes pro hac non excuſatione.

Decima octaua cauſa ſecundum ali-

85 quos eſt, quando mater tutorem non petijt exiſtente dumtaxat pupillo, nulliſque alijs liberis, qui ab inteſtato ſuccedere poſſent eidem pupillo, quia tunc matre extante nullus alius ab ipſa poſſet ab inteſtato eidem pupillo ſuccedere *Aretinus conſ. 4. num. 4.*, qui ad hanc ſuam opinionem confirmandam dicit, quod hæc pæna priuationis ob non petitum tutorem ſit inducta in fauorem filiorũ, ſcilicet vt ipſis ſucceſſio deferatur per textum *in auth. de nuptijs §. quoniam, & §. ſi vero expectet in princip.*, ergo, ſi nulli extant tunc liberi, ſeu alij filij, qui ſuccedant ab inteſtato pupillo, ceſſabit huiuſmodi diſpoſitio pænalis aduerſus matrem. Sed meritò hanc cauſam impugnant *Silua nuptialis ſecunda part. nu. 53. limit. 11., Paulus de Caſtro conſ. 28., Fulgoſius conſ. 90., Barbatius conſ. 67. lib. 3.*, nam hæc pæna in fauorem filiorum inducta eſt ſolummodo ad eum effectum, ne ex incuria Matris in petendo tutorem ipſi remaneant indefenſi, & bona ipſorum obnoxia damnis; vnde iura, quæ Matrem allexerunt ad curam filiorum, & eorum vtilitatem capeſcendam ſub ſpe futuræ ſucceſſionis, a neglectu etiam voluerunt remouere, & ab incuria addita illa pæna, ſi munus ipſi adiunctum non adimpleuerit, nec in

Mater nõ petens tutorem ſecundũ aliquos excuſatur, ſi vnus tantum extet pupillus, nec alij extent, qui poſſint eidẽ ſuccedere ab inteſtato.

Probabilius tamẽ non excuſatur.

hoc

hoc considerarunt aliorum filiorum existentiam, vel non existentiam; Quamobrem *Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 16. n. 123. vers. sed cauendum* dicit, quod auctoritates DD. pro contraria sententia allegatorum loquantur, seu procedant solummodo quoad pænas, a quibus excusatur Mater non existentibus filijs, si festinanter transierit ad secunda vota, non autem quoad pænas, si debito tempore filijs tutorem non petierit.

86 Quid sentiendum sit, si mater non petierit, & ille, qui eam poterat excludere à successione tacuerit in vita sua, nec excluserit.

Decima nona causa excusans est, si Mater reuera fuerit negligens in petendo tutorem pro filijs, sed ille, qui poterat eam excludere, in vita sua tacuit *Petrus Ancharanus cons. 440. vers. præterea non absurdum nu. 3., Antonius Gabriel commun. opin. sub tit. de tutelis concl. 1. num. 64.*, quod probant *arg. textus in l. his uolis, & l. fin. C. de reuoc. donat.* vbi, si donator, dum vixerit, quæstionem non mouerit contra donatarium ex causa ingratitudinis, actionem non refundit in eius hæredem; Cum ergo negligentia Matris in petendo tutorem sit quædam species ingratitudinis, si habens ius ad eandem repellendam viuens non repulerit, nec videtur eius hæres ius habere ad eandem excludendam. Sed, an hoc verum sit, tu cogita. Certe *Montanus loc. cit. n. 127. vers. idem mihi videtur*, licet arbitretur hanc opinionem no esse omnino certam, asserit tamen in dubio probabilem esse, & sustinibilem propter odium pænarũ.

87 Aliæ causæ excusantes remissiuè.

Alias causas excusantes vide penes eundem *Montanum de tut. & curat. d. c. 18. sparsim per totum*, & penes *Ansaldum cons. 100. 101., & 102. ferè per totum*; non enim vacat singillatim omnes referre.

88 Mater nõ solum priuatur, si non petierit, sed etiam si petitum non idoneum remoueri non curauerit.

Assertio IV. Non solum mater non petendo tutorem filijs intra annum a die obitus mariti priuatur iure ad successionem eorundem filiorum, sed etiam si datum non idoneum, quantumuis ad ipsius petitionem, remoueri non curauerit, vel primo excusato vel reiecto confestim aliorum nomina non ediderit. *Ioannes Gutierez de tutor. & curat. part. 1. c. 16. num. 57., Montanus de tut. & curat. d. c. 18. num. 16., Mirantus in repet. l. is potest num. 186. ff. de acq. hæred., Portius commun. reg., & concl. lib. 5. c. 4. amplia. 8. & 15.*, qui, quamuis asserant, quod, si petierit tutorem inidoneum tanquam indigna sit expellenda a filiorum successione, hoc tamen non videtur extendendum, quando cognita inidoneitate eundem expellere nititur, & idoneum sufficere, tunc etenim videtur purgare defectum.

Hoc expresse videtur deduci ex textu *in l. 2. vers. sunt autem ff. qui pet. tut.* Ibi *Mater enim expellitur legitima filij hæreditate quasi indigna recipere legitimam hæreditatem eorum, quibus tutorem constitui neglexerit, nec solum, si non petierit, sed etsi quem petierit, qui prauitatis gratia dimitti poterat, deinde demisso eo, vel etiam abiecto rursus alium non petierit, vel studiosè malos petierit*; ex quibus verbis plura inferuntur primo, quod sit priuanda hæreditate filiorum, etiam si petierit tutorem, qui non sit idoneus. Ibi, *nec solum, si non petierit, sed & si quem petierit &c.* Addu- cuntur iura, & rationes pro hac resolutione. Secundo hoc intelligi, quando ille, quem petijt, talis erat, vt manifesta ipsius prauitas ipsum excluderet, quod non videtur intelligendum, quando ex ignorantia eiusdem inidoneitatis ipsum petijt, si deinde cognita inidoneitate eum excludere nitatur, & alium idoneum sufficere, tertio, quod etiam sit priuanda hæreditate, si postquam inidoneus dimissus est, vel fortè abiectus neglexerit alios petere, vel malos studiose petierit, vbi nota illud verbum *studiosè*, quod indicat cognitionem inidoneitatis cum prauo animo illum eligendi; ex quibus verbis etiam confirmatur id, quod mox dicebamus, nempe, quod non priuetur, si inidoneum petierit cum ignorantia inidoneitatis eiusdem, & deinde hac cognita alium idoneum petierit, & remotionem prioris, quandoquidem tunc non est studiosa petitio mali tutoris, nec aliqua culpa considerari potest in matre cum ignorantia petente, quæ mereatur illam pænam priuationis.

Circa hanc assertionem plura veniunt digna consideratione, & discussione; primum est, an, si tutor petitus, & admissus fuerit dimissus, vel excusatus, vel abiectus habeat mater etiam annum a die excusationis, vel abiectionis ad alium petendum, vel nominandum, an verò teneatur immediate post excusationem, vel abiectionem alium nominare ad effectum euitandi pænam priuationis quoad successionem filiorum? Nonnulli etiam in hoc casu asserunt, liberum esse matri tempus anni a die remotionis, seu abiectionis primi tutoris ad aliorum nomina edenda, ad effectum vt excusetur à mora, & subtrahatur a pæna priuationis; hocque euincere conantur ex textu *in l. sciant C. de legit. hæred.*, vbi manet annus integer ad petendum tutorem, quod etiam videtur intelligendum, quando tutor est datus, sed postea abiectus, quia tunc solummodo intelligitur tempus currere a die abiectionis. Nihilominus contrarium sustinet, & quidem rationabiliter *Ioannes Gutierez part. 1. de tut. & curat. c. 16. num. 80.* per textum *in l. 2. §. si*

89 Remoto, seu abiecto primo tutore, secundum aliquos currit matri annus ad alium petendum.

mater

Moueor ego alia ratione ad impu-
74 gnandam hanc causam, quia, quamuis substitutus pupillaris ius habeat immediatum succedendi pupillo, non tamen intra annum matri concessum ius habet assumendi tutelam, nisi eadem mater eidem intra talem annum renuntiauerit, ergo mater tenetur, vel intra talem annum assumere, vel petere tutorem, & si non assumpserit, vel non petierit, priuabitur vtique iure succedendi in casu, quo per mortem substituti eidem aperiretur via ad successionem. Assumptum sic euincitur, quia ex eo, quod quis sit pupillariter substitutus, neque ex dispositione iuris, nec ex natura sua priuatur Mater iure, quod ipsi competit *ex auth. Matri, & Auiæ C. quando mul. tut. offic.*, & *in auth. vt liceat Matri, & Auiæ*; non ex dispositione iuris, quia tale ius priuans non est assignabile; non ex natura sua, quia substitutio pupillaris non habet oppositionem cum tutela materna; Neque dicas, quod, sicuti pupillaris substitutus habet primum locum succedendi etiam respectu matris per textum *in l. Papinianus §. sed neque impuberis ff. de inoffic. testament.* & *c. Pater de testam. in sexto*, ita habet onus primo loco petendi tutorem *arg. textus in auth. de hæred. ab intestat. venient. §. in his collat. 9.*, & *in auth. sicut C. de legit. tutor.*, ergo, cum ipsi onus incumbat petendi primo loco tutorem, esimit Matrem a tali onere, quæ propterea, si non petierit, non priuabitur &c. Hoc argumentum est basis contrariæ sententiæ, & eidem potissimum innititur *Ioannes Gutterez de tut. & curat. part. 1. c. 16. nu. 111.* eiusdem contrariæ sententiæ propugnator, qui etiam in hoc maximè inuehit contra Baldum dicens æquiuoca ratione motum constituisse contrarium, & ab eo in hoc cauendum esse; Contra enim impugnaberis, quia ex eo, quod sit substitutus pupillaris, non est tutor testamentarius, qui matrem excludat, & hæc duo, tutor scilicet testamentarius, & substitutus pupillaris, valde inter se sunt diuersa, & vnum potest stare sine altero, & ius tutelæ in matre non commensuratur cum iure hæreditatis, vt subdo.

Afferuntur rationes propriæ pro tali non excusatione.

Rationes contrariæ soluútur.

Confirmatur onus in matre petendi tutorem pro filijs, & ius assumendi tutelam non commensuratur iuri, quod sit in eadem succedendi pupillis, quandoquidem, quamuis à statuto repellatur à successione, ius tamen habet assumendi tutelam, & per consequens petendi tutorem, & hoc latè probatur a *Montano de tut. & cur. c. 15. n. 5.*, qui dicit, quod illud assertum, quod tutela debeat eo peruenire, quo tendit hæreditas iuxta textum *in auth. sicut C. de legit. tut.* & *in l. sciant C. de legit. hæred.* locum tantum habeat in tutelis iussis, quæ iure agnationis, vel cognationis deferuntur, non autem in tutelis permissis, cuiusmodi est illa matris, & auiæ, quæ non regulatur ab hæreditate, ergo, quousque mater non assumpserit, vel tempus habet ad tutorem petendum, locus non aperitur substituto pupillari ad petendum, adeoque, si mater intra illum annum non petierit, priuabitur.

Aliæ rationes pro tali non excusatione.

Decimatertia causa excusans assignatur ab aliquibus, si mater fuerit prodiga, & tutorem filijs non petierit. Hoc in 75
specie docent *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 16. num. 108.*, *Montanus de tut. & curat. c. 18. num. 45.*, *Angelus in l. is cui bonis ff. de verb. oblig.* addita ratione, quia prodigus excusatur à delictis consistentibus in omittendo *l. Fulcinius §. adeo ff. Quib. ex caus. in possess. eatur Marantus in l. is potest nu. 248. ff. de acquir. hæred.*, *Silua nuptialis 2. part. n. 53. fallent. 8.* Sed huic causæ escusanti non libenter subscriberem, nam licet prodigalitas iustam inducat causam interdicendi prodigo administrationem rerum, non tamen demit ius in prodigo sibi tutorem petendi, ergo nec petendi alijs, pro quibus petere tenetur; hæc etenim duo nempe priuari ad- 76
ministratione, & iure petendi tutorem non sunt necessario inter se connexa, nec es natura sua, nec es dispositione iuris; non es natura sua, cum ad inuicem non opponantur, & negatio administrationis ob periculum, ne res inanitèr profundantur, compati potest cum iure petendi tutorem, cum hoc sit potius ad conseruationem rerum, quod ad profusionem; neque dicas, cum negatione administrationis ob prodigalitatem connecti etiam negationem iuris ad petendum tutorē, quia in tali petitione potest esse præsumptio, quod inaniter, & sine debita consideratione petat, & non idoneum, sed sibi conformem petat; Contra enim impugnaberis, quia, cum petitus debeat cum cognitione causæ per Iudicem admitti, & confirmari, tollitur quæcunque præsumptio, cum Iudes debeat excludere, si petitum non idoneum nouerit, & officium Iudicis corrigere debeat inconsideratam petentis postulationem; Non ex dispositione iuris, cum non sit assignabile ius, quod in prodigo tollat ius petendi, & obligationem; nec aliquam vim facit textus *in d. l. Fulcinius §. adeo ff. quib. ex caus. in possess. eatur*, vbi dicitur, quod prodigus excusetur à delictis in omittendo; Non, inquam, vim aliquam facit, quia in eodem non dicitur, quod prodi-

Mater prodiga secundū aliquos excusatur, si tutorem filijs non petijt.

Probabilius tamē non excusatur.

Rationes pro tali non excusatione

gus

mater verſ.confeſtim ff. ad Tertul. Ibi- *confeſtim autem ſic erit accipiendum,vbi primum potuit, ideſt prætoris copiam babnit*, quam textum adeo latè interpretatur *Bartolus ibidem*,vt aſſerat,quod ille §.*confeſtim* referatur ad omnes præcedentes, & ſic comprehendat petitionem tutoris, nempe vt intra annum peti debeat confeſtim,ac habeatur copia prætoris, quinimmo expreſsè tenet,quod textus *in d.l. ſciant C. de legit. hæred*. interpretationem recipiat ab eodem §. *confeſtim*, ita vt ſonet, quod intra annum teneatur confeſtim,ac potuit,ſeu poteſt mater,& agnatus tutorem filijs impuberibus petere. Fateor nimis amplam eſse hanc Bartoli interpretationem, & nimis rigidam, & inhumanam; ſi tamen iſta ſubſiſteret, certum eſt, quod ex eadem vim maximam haberet hæc aſsertio Gutierez, quam nos rationabilem reputamus; ſi enim abſolutè non datur annus ad petendum tutorem, cum primo dandus eſt, ſed tenetur mater quamprimum poteſt illum petere, aliter incurrit pænam priuationis, nec certè dandus videtur annus,quando iam tutor datus eſt, ſed poſtea remotus,& abiectus, à die remotionis,& abiectionis, ſed tenebitur intra illum quamprimum petere. Sed, quia aſsumptum Bartoli communiter reprobatur,vt ſignanter reprobant *Fernandez. Tellus in l.6.Tauri nu. 38., Paulus de Caſtro conſ.147. per totum vol. 1. & in l. cum ſtipulatus ſim nu.6. ff.de verb.oblig., Nicolaus de Baldis in tract. de ſucceſ. ab inteſt. part. 2. num.16.*, & aduerſatur ijs omnibus, quæ hactenus diximus; ideo ab eodem recedendum duximus. Firmamus igitur iam noſtrum aſsertum ex eodem textu *in l.2. §. ſi mater verſ.confeſtim*, ſecundum aliam interpretationem, quam congruentius adhibet ad eundem textum *Ioannes Gutierez loc.cit.*, quod ſcilicet ille §.*ſi mater verſ.confeſtim* non referatur ad omnes paragraphos præcedentes, ſed tantum loquatur in caſu, quod tutor iam datus remoueatur, tunc etenim confeſtim debet mater,vel agnatus edere nomina aliorum, quæ interpretatio quidem congruit eidem textui,vbi dicitur *Si mater non petierit tutores idoneos filijs ſuis, vel prioribus excuſatis,reiectiſque non confeſtim aliorum nomina ediderit, ius non habet vendicandorum bonorum inteſtatorum filiorum*, & hic nota, quod illa particula non fuit appoſita petitioni faciendæ primi tutoris, ſed ſolummodo nominationi aliorum poſt excuſatum, ſeu reiectum primum; hancque etiam explicationem adhibet *Salicetus in d. l. ſciant n.6. ad fin.C.de legit.hæred.*

90 Probabilius tamẽ non currit, ſed debet ſtatim, ac copiam Iudicis habuerit petere.

91 Explicatur textus *in l. 2. §. ſi mater verſ. confeſtim ff.ad Tertul.*

Si autem rationem quæras, ob quam ad petitionem primi tutoris annus integer permittitur,in quo excuſatur mater à pæna priuationis,ſi non petat, non autem permittatur annus ad edenda nomina aliorum, ſi primus fuerit excuſatus, ſeu abiectus? Dicam hoc ex multiplici ratione prouenire; primo, quia ille annus ad petendum tutorem *in d.l. ſciant C.de legit. hæred.* matri conceditur, quia ius habet intra illum aſſumendi tutelã, ſi velit iuxta textum *in l.matri, & auia C. quando mul. tut. offic. fung. pot.*, adeoque illud tempus datur ad deliberandum; poſtquam autem alius tutor datus eſt ad eius petitionem, non amplius retinet ius ad aſſumendum, adeoque in ordine ad hunc effectum deliberandi annus non eſt illi concedendus. Secundo, quia ex genere ſuo ratio videtur exigere, vt tutoris petitio non differatur,ſed quamprimum fieri poſſit,ponatur; vndè illa dilatio annalis *in d. l. ſciant C. de legit. hæred.*, conceſſa matri videtur quodamodo correctoria iuris naturalis, & ab eodem iure naturali exorbitans,quæ propterea non eſt extendenda vltra terminos primæ petitionis conſiderata natura, & conditione correctoriorum, & exorbitantium. Tertio, quia remoto, abiecto, vel ſuſpecto primo tutore neceſſitas magis vrget, vt de nouo tutore fiat immediata prouiſio, quandoquidem res pupillares remanerent magis obnoxiæ damnis, & diſperſionibus, cum nullus adeſſet, qui eorum indemnitati conſuleret, non remotus, ſeu abiectus, cum iure ſic compellente nõ poſſet amplius in adminiſtratione ſe ingerere; non ſuſpectus, quia tunc magis vrgeret ſuſpicio, ne maiora damna inferret; non mater ipſa, quæ per petitionem primi a ſe abdicauit tutelam, adeoq; &c.

92 Aſſignatur ratio, cur detur annus ad petendũ primum tutorem, non autẽ ad ſecundum.

Variæ rationes pro eodem.

Secundum conſideratione, ſeu diſcuſſione dignum eſt, an, ſi plures dati fuerint tutores, & non omnes fuerint excuſati, vel reiecti, adhuc mater priuetur ſucceſſione, ſi aliorum nomina non ediderit, quam primum potuit, pro excuſatis, & reiectis? Textus in d. *l. 2. §. ſi mater verſ. ſed & ſi prioribus excuſatis ff.ad Senat. Conſult. Tertul.*, expreſsè aſſerit matrem ſucceſſione priuari, Ibi- *Quid ergo, ſi non fuerint omnes excuſati, vel omnes reiecti? Videndum eſt, an ei imputetur, cum in locum excuſati non petierit, & puto imputandum*. Limitant tamen *Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1.c.16. n. 57. in fine*, quando reliqui non excuſati, ſeu non reiecti eſſent ſufficientes ad tutelæ munus adminiſtrandum, per textum *in*

93 Si plures dati fuerint tutores, & non omnes fuerint excuſati, ſeu reiecti adhuc mater priuatur ſucceſſione, ſi aliorum nomina non adiderit.

l. credendum ff. qui pet. tut. Ibi- *Sin autem*

94 Limita quando alij non reiecti, essent sufficientes ad munus tutelæ.

pluribus tutoribus idoneis datis vnus eorum, vel decessit, vel temporalem excusationem accepit, mater, quæ propterea in locum eius alium non petit, quia numerus reliquorum administrationi tutelæ sufficiebat, incidit quidam in verba constitutionis, sed sententia excusatur, & ratio in promptu est, quia iura ideo obligant matrem ad tutorem petendum sub pæna talis priuationis, vt filij non destituantur congruis subsidijs in administratione bonorum, & non remaneant indefensi; hæc autem ratio cessat, quandn adsunt sufficientes tutores ad perfectè hoc munus adimplendum.

Tertium est, an mater pæna priuationis qunad successionem filinrum afficiatur, si aliquis ex tutoribus datis defe-

95 Idem dicendum est, si aliquis ex tutoribus datis defecerit.

cerit, & ipsa alium in locum illius nnn petierit? Idem quod in præcedenti statutum est, cum eadem limitatinne est in præsenti statuendum; & quidem quoad principale, qund, scilicet sit priuanda, si non petierit, habetur *ex eadem l. 2. §. si mater vers. quod, si decesserint quidem ff. ad Tertul.*; quoad limitationem *in d. l. credendum ff. qui pet. tut.*

Quartum est, an, si per matrem fuerit tutor petitus, & à Iudice datus facta de-

96 Quid sentiendum sit, si tutor petitus à matre, & à Iudice datus per inquisitionem, incipiat esse suspectus.

bita inquisitinne, & hic incipiat esse suspectus, eadem mater incidat iu pænam priuationis quoad successionem, si illum suspectum non fecerit, nec remnueri curauerit? Negatiuè respondendum est propter expresum textum *in d. l. credendum in verb. quæ autem suspectum ff. qui pet. tut.* Ibi *Quæ autem suspectum tutorem non fecerit nec verbis, nec sententia constitutionis in pænam incidit, quod huiusmodi facta diiudicare, & æstimare virilis animi est, & potest etiam delicta ignorare mater, & satis est, eam petijsse talem, qui inquisitione &c.* Sed, cum dicatur *& potest etiam delicta ignorare mater*, nritur hic difficultas, an,

97 Intellige dummodo mater fuerit ignorans delictorum.

si mater non ignnrauerit delicta, teneatur eum suspectum facere sub pæna priuatinnis? Probabilius est, teneri eum suspectum facere, & conari remouere sub pæna talis priuationis; hocque videtur expresè deduci ex textu *in d. l. 2. §. si mater in verb. non solum autem ff. ad Senat. Consult. Tertull.*, vbi dicitur, quod, si mater suspectos tutores petierit, & Iudex matris petitionem secutus eos confirmauerit, delictum quidem sit Iudicis, sed, & matris puniatur consilium, & subditur, quod etiamsi nou idoneos petierit, licet dati fuerint prætore errante; & quamuis hæc procedant, quando in ipsa petitione mater tamen ignorans non idoneos nominauit, ex paritate tamen rationis verificari debent, quando primo ignorans non idoneos petijt, sed postea tales cognouit, nec remoueri curauit, cum tunc scientèr peccet contra officium maternum, quod, cum plenum debeat esse, debet extendi non solum ad petendum idoneum, sed ad ea omnia, quæ spectare possunt ad indemnitatem filinrum, nempè ad reuocandos etiam inidoneos cognitos, vt tales, hocque considerauit *Glosa in d. l. credendum in verbo*

ignorare ff. qui pet. tut., neque obstant ea 98 Soluitur quædam instantia opposita.

verba, quæ in eodem textu continentur, nempè, *quod huiusmodi facta diiudicare, & æstimare virilis animi est*. Non obstant, inquam, quia ea procedunt dumtaxat, quando versatur dubium delictorum eiusdem tutoris, quia tunc non videtur esse muliebris sexus diiudicare, an illa sint talia, vt opus sit illum remouere, non verò quando adest plena notitia apud eandem matrem.

PRÆNOTIO XIV.

An mater inhonestè viuens subijciatur omnibus pænis, quibus subest mater conuolans ad secundas nuptias.

SVMMARIVM.

Pœna matris secundo nubentis remissiuè. 1.
Mater inhonestè viuens, priuatur tutela filiorum. 2.
Ex inhonesta vita matris, potest argui profusio bonorum pupillarium. 3.
Ad incurrendam hanc pœnam non requiruntur multiplicati actus incontinentiæ, sed sufficit vnus. 4.
Soluuntur nonnulla argumenta contraria. 5.
Non sufficiunt tamen ad hanc pœnam oscula semel voluntariè passa, & similia. 6.
Subit etiam omnes alias pœnas contra fœminas secundo nubentes illatas. 7.
Mater fornicans post annum luctus secundum aliquos subit omnes pœnas, quas subiret, si intra annum luctus ad secunda vota conuolasset. 8.
Contrarium tamen statuendum est. 9.

PÆnas, quas incurrit mater conuolans ad secunda vota latè recensuimus in præcedentibus, adeout primo

ipso iure priuetur tutela filiorum prio- 1 Pœnæ matris secundo nubentis remissiuè.

ris matrimonij; secundo, si conuolauerit ad secunda vota, non prius petito tutore pro filijs prioris matrimonij, nec reddita ratinne tutelæ susceptæ, contrahat omnes pænas, quæ a iure statutæ sunt contra viduam festinantèr transeuntem ad secundas nuptias intra annum luctus, per ea, quę docuimus *tom.* 7.

sub

sub tit. Contractus XV. de matrim. IV. præsumt. 6. nu. 10., & tradunt *Sanchez de matrimon. lib. 7. disp. 88. nu. 13.*, *Ioannes Angelus Bossius de matrimon. contract. c. 11. nu. 270.* Modò inquirimus, an easdem pœnas subeat, si ad secunda vota non transierit, sed inhoneste viuat.

2 Mater inhoneste viuẽs, priuatur tutela filiorum.

ASSERTIO I. Mater inhoneste viuens, priuatur tutela filiorum, *Boerius in contract. tit. 1. §. 6.*, *Ioannes de Garronibus in rub. C. de secundis nupt. num. 58., & seqq.*, *Arius Pinellus in l. vlt. num. 18. C. de bonis maternis*, *Phylippus Portius commun. concl. lib. 5. c. 5.*, *Paulus Christin. decis. Belg. 149. num. 4. vol. 3.*, *& decis. 195. num. 10. vol. 5.*

Iura, quibus innititur assertum.

Videtur satis colligi ex textu in *l. lex quæ 22. §. lex enim C. de administ. tut.* Ibi: *Lex non solum contra tutores, sed etiam contra fœminas immoderatas, & intemperantes prospexit minoribus*, quod idem videtur haberi in *l. si Pater C. quando mul. tut. offic. fung. potest.*, vbi matri munus tutelæ conceditur, si pudicitiam seruet, ergò, si luxuriosè, seu inhoneste viuat munus tutelæ erit ab eadem auferendum; Hoc adeò verum existimant *Montanus loc. cit. nu. 94. vers. sine id egerit*, *Hieronymus Gratus cons. 115. num. 4., & seqq. lib. 1.*, vt sentiant tali tutela priuari, siuè mater inhoneste vixerit viuo Patre, siuè eodem mortuo, nec arbitrantur necesse esse ad hanc pœnam incurrendam, vt probetur inhonestas eiusdem per formales concubitus, sed sufficere, quod probetur per alios actus inhonestos.

Solum difficultas aliqua potest esse in eo, quod in hoc casu inhonestæ vitæ matris non videtur esse illa ratio priuationis, quæ consideratur in ordine ad matrem transeuntem ad secundas nuptias; hæc est etenim vehemens præsumptio, quod ob nimium, & ardentem amorem erga secundum maritum sit neglectura curam filiorum prioris matrimonij, & forte etiam in eundem secundum maritum profusura substantiam eorundem, quod certè non considerabile est in Matre inhoneste viuente. Sed hæc difficultas potest ex eo dissolui, si asseratur, quod ex illa inhonesta vita possit desumi vehemens præsumptio, quod in Amasios, aliasque inanes pompas sit profusura substantiam pupillorum, & quod, vt vacet inhonestatibus, sit neglectura eorundem curam, & fortè etiam eorum vitam expositura. Deinde, cum tutela detur principaliter personæ pupillorum per ea, quæ alibi commendauimus in ordine ad gubernium, & educationem eorundem, non potest præsumi in matre inhoneste viuente regulata educatio per bonos mores ad moralem viuendi rationẽ, cum ipsius vita, & mores potius conferant exemplariter ad male, quam honeste viuendum.

3 Ex inhonesta vita, potest argui profusio bonorum pupillarium.

Auctores sustinentes hanc nostram sententiã.

Idcircò præter præallegatos DD. hanc nostram sustinent assertionem *Glosa in auth. Sacramentum verbo à tutela C. quando mul. tut. offic. fung. pot.*, *& ibi Bartolus, & Salicetus*, *idem Bartolus in l. si quis sub conditione num. 26. ff. de testam. tut.*, *Palacius Rubeus in repet. rubric. de donat. inter vir. & vxor. §. 67. nu. 16.*, *Gregorius Lopez in l. 4. in glos. madre ibi item intellige tit. 16. part. 6.*, *Cassaneus in consuet. Burg. rub. 6. §. 8. in princip. nu. 3.*, *Gomez l. 14. Tauri nu. 13.*, *Gailus in pract. obseruat. lib. 2. obseruat. 98. n. 16.*, *Molina Teologus de iust. & iur. tract. 2. disp. 220.*, *& alij.*

4 Non requiruntur plures actus fornicationis, sed sufficit vnus.

ASSERTIO II. Ad incurrendam hanc pœnam priuationis tutelæ non sunt necessarij multiplicati actus incontinentię, & fornicationis, sed sufficit vna fornicatio. Ita in similibus terminis *Ioannes Angelus Bossius de matrim. contract. c. 11. num. 398.*, *Sanchez de matrimon. lib. 7. disp. 90. num. 2.*, *& nos ipsi docuimus tom. 7. sub tit. Contractus XV. de matrim. 4. Disq. 1. §. 13. num. 4.* vbi diximus ad incurrendas pœnas, quas fœminæ secundo nubentes contrahunt, sufficere matrem semel fornicationem commisisse, quidquid ex aduerso dixerint *Bartolus in l. bis solis C. de reuoc. donat.*, *Rosella verb. adulterium nu. 8.*, *Garronis in rub. de secundis nuptijs in nona edit. pœna 28. num. 59. vers. ex quo infero*, *Pinelius in l. fin. C. de secundis nupt.*, *Antonius Gabriel tom. 3. commun. opin. lib. 3. tit. de secundis nupt. concl. 8. nu. 1.*, quia iura exigunt, quod vidua incontinenter, & luxuriosè viuat, quod haberi nequit per vnicum actum.

Iura, quibus innititur assertum.

Ratio pro nostra assertione ex eo deducitur primo, quia in vnica fornicatione militat ratio, quæ consideratur *in auth. de restitutione, & ea quæ parit*, propter quam luxuriosè viuentes subijciuntur pœnis secundo nubentium, ne scilicet plus pœnæ tribuatur castitati, quæ saluatur in secundis nuptijs, quam tribuatur luxuriæ; Neque dicas, quod allegatus textus *in d. auth. de restitutione, & ea quæ parit*, habeat quidem vim etiam in ordine ad vnam dumtaxat fornicationem quoad pœnas, quæ habent pro fine honorem, & reuerentiam seruandam primo marito, non autem quoad pœnas, quæ irrogantur propter neglectum filiorum primi matrimonij, qui neglectus non præsumitur propter vnam dumtaxat fornicationem; ex eo etenim, quod mater semel fornicata fuerit, non præsumitur neglectura curam eorundem fi-

liorum, nec eorum bona profusura, nec vitam expositura; nec ex illo actu censeri rationabiliter potest proles in malis moribus educanda; Contra enim impugnaberis, quia in primis per textum *in d. l. si pater C. quando mul. tut. offic. fung. pot.* hæc pœna priuationis inducitur præcisè ob non seruatam pudicitiam; hic autem

5 Soluuntur nonnulla argumenta contraria.

intelligitur pudicitia violata per vnicum dumtaxat actum fornicarium. Deinde in hoc casu pudicitiæ violatæ non solum pœna priuationis inducitur ob præsumptum neglectum curæ liberorum, sed etiam ob læsum honorem, & reuerentiam debitam priori marito, & filijs eiusdem, & si potuit ipsum, & ipsos sine rubore in honore contaminare, poterit etiam rationabiliter suspicari, quod sine consilio audebit etiam in bonis lædere, & præiudicare.

6 Non sufficiunt tamen ad hanc pœnam oscula semel voluntariè passa, & amplexus.

Quid verò sentiendum sit, si non fornicata formaliter sit, sed semel tantum volens passa sit actus inhonestos, puta oscula, amplexus, & tactus impudicos? Non ita rigorose procederem in hac hypothesi, si semel tantum huiusmodi actus, & eodem contextu fuerint admissi, cum non videatur in huiusmodi actibus tanta difformitas; quanta reperitur in actu fornicario completo. In hoc tamen alij iudicent.

7 Subit etiam omnes alias pœnas illatas contra fæminas secundo nubentes.

Assertio III. Mulier fornicans, seu inhoneste viuens non solum priuatur filiorum tutela, sed subit omnes pœnas illatas contra fæminas transeuntes ad secundas nuptias, adeo vt, si fornicata fuerit intra annum luctus, subeat pœnas comminatas contra fæminas binubentes intra annum luctus *Bartolus in l. bis solis C. de reuoc. donat., Abbas in r. vxoratus n. 2. de conuer. coniug., Ripa in l. fin. q. 26. C. de reuoc. donat., Garronis rub. de secundis nupt. in noua edit. pana 28. num. 59. vers. ex quo infero, Sanchez de matrim. disp. 90. num. 2., Ioannes Angelus Bossius de matrim. contractu c. 11. n. 397.*; si verò fornicata fuerit post annum luctus subeat omnes pœnas illatas contra fæminas transeuntes ad secunda vota post annum luctus. *Ioannes Angelus Bossius loc. cit. num. 404., Sanchez item loc. cit. n. 7., Gutierez de matrimon. c. 110. num. 1., Ioannes Lupus rub. de donat. inter vir. & vxor §. 67. à num. 3. vsque ad fin., Padilla in l. fideicommis. à num. 1. vsq; ad 13. C. de fideicom., & alij plures apud eosdem.*

Quoad primam partem liquido constat ex textu *in d. auth. de restitutione, & ea quæ parit* Ibi- *Sancimus si quid tale contigerit, & intra luctus tēpus pepererit mulier circa terminum anni, vt indubitatum sit sobolem non ex priori consistere matrimonio*

Iura quibus innititur hoc assertum.

modis omnibus eam priuari antenuptiali donatione, & secundum proprietatem, & secundum vsum, subdendam quoque omnibus alijs pœnis, ac si secundas eam contigisset ante luctus tempus legitimas celebrasse nuptias, ibique subditur ratio illis verbis; *non enim aliquid amplius habebit castitate luxuria.*

Quoad secundam partem clarè deducitur non solum ex eodem textu, sed vlterius ex textu *in l. bis solis C. de reuocandis donat.*, vbi est sermo de pœnis post annum luctus contra secundo nubentes, à quibus non eximit delinquentem per fornicationem.

8 Mater fornicans post annū luctus secundum aliquos subit omnes pœnas, quas subiret, si secundo nupsisset intra annum luctus.

Hic solum remanet inquirendum, an, si Mater fornicata fuerit post annum luctus, subeat omnes pęnas, quas subiret, si intra annum luctus conuolasset ad secunda vota? Affirmant has pœnas subire *Ioannes Lupus rub. de donat. inter vir. & vxorem §. 67. nu. 3., Villalobos comm. opin. lit. B. num. 31., & lit. M. nu. 244., Antonius Gabriel tom. 3. comm. opin. lib. 3. tit. de secundis nuptijs concl. 8. num. 1., Ioannes Angelus Bossius de matrimon. contract. c. 11. nu. 405.* per textum *in l. bis solis C. de reuoc. donat.* Nihilominus nos contrarium docuimus *tom. 7. sub tit. Contractus XV. de matrim. 4. Disq. 1. §. 15. nu. 4.*, quod etiam docent *Sanchez de matrimon. lib. 7. disp. 90. nu. 5., Garronis in auth. eisdem pœnis in noua edit. nu. 19. C. de secundis nuptijs, Gutierez de matrim. c. 110. nu. 1. in fine*, quod latè ibi probauimus, & diluimus contraria argumenta. Recole, quæ ibi dicta sunt, non enim vacat eadem hic sine necessitate repetere.

9 Contraria tamen sententia præfertur

PRÆNOTIO XV.

An, & quando agnati, & proximiores teneantur tutores petere, & non petendo priuentur successione.

SVMMARIVM.

Non consideratur amplius ordo agnationis, & cognationis. 1.

Discrimina, quæ intercedunt inter Matrem, & auiam, & alios consanguineos. 2.

Consanguineis ad suscipiendam tutelam dantur quatuor menses. 3.

Ad petendum tamen alium tutorem datur annus. 4.

Ob non susceptionem tutelæ consanguinei non solum priuantur successione pupillorum, sed etiam legatis à Patre relictis, non sic ob non petitionem. 5.

Consanguinei seruata proportione, & ordine tenentur pupillis tutores petere. 6.

Si pupilli decesserint acquisita pubertate, con-

consanguinei, qui non petierunt eisdem tutorem, non priuantur successione. 7.
Statuto protrahente tempus tutelæ ad 18. annum, & filijs decedentibus ante illum annum consanguinei non succederent. 8.
Regulariter in casibus, in quibus Mater excusatur à pæna priuationis successionis, excusantur, & consanguinei. 9.
Excipiunt aliqui casum minoritatis, in quo Mater excusatur, non consanguinei. 10.
Hæc exceptio reijcitur. 11.
Consanguineus non subijcitur pænæ priuationis, quando non est proximior in gradu. 12.
Ob ignorantiam non ita facilè excusantur consanguinei, sicuti Mater. 13.

POst Matrem, & Auiam tenentur ad tutelæ munus illi, qui in gradu propinquiores sunt pupillis, quique magis immediatum habent ius ad successionem eorundem sublata modo differentia ordinis agnatitij, & cognatitij per ea, quæ supra commendauimus. Hi certò seruato inter se ordine, gradu, & successionis tenentur, vel intra certa tempora assumere, vel, si iustam habent excusationem, pupillis alios petere tutores, iuxta ea, quæ diximus de Matre, & Auia sub pæna priuationis iuris ad succedendum.

1 Ordo agnationis, & cognationis modo in hoc sublatus est.

Id quod potissimum venit controuertendum sub præsenti titulo erit, an ea, quæ dicta sunt de Matre, & Auia tàm quoad onus assumendi tutelam, vel petendi tutores, quam quoad causas excusantes æque seruata proportione intelligenda sint in ordine ad alios legitimos siue agnatos, siue cognatos, qui ius habent successionis.

Articuli examinandi circa hûc titulum.

Pro quo aduerto, hoc intercedere discrimen inter matrem, & auiam, & inter alios legitimos, quod respectu illarum tutela sit arbitraria, prout colligitur ex sæpius cit. *auth. Matri, & Auia C. quand. mulier tut. offic.* respectu verò illorum intelligatur necessaria; ex quo discrimine videtur deduci, quod, cum isti teneantur tutelam assumere, non possit esse locus quæsito, an teneantur tutorem petere; sed quia potest contingere, quod etiam legitimi possint habere iustas, & rationabiles causas excusationis, ideo eos potest vrgere onus alios petendi, ne pupilli indefensi remaneant.

2 Discrimina, quæ intercedunt inter Matrem, & auiam, & alios consanguineos.

Aduerto vlterius, quod quoad susceptionem tutelę, quamuis in præcedentibus dixerimus, quod etiam in matre dentur regulariter quatuor menses, vel aliud tempus à statuto præfixum, & determinatum, nihilominus secundum *Baldum in auth. presbiteros C. de Episc. & Cleric. & alios* protrahatur vltra dictos quatuor menses, quod tamen non ausim affirmare, dum alij magis communiter resistunt, & præcipuè *Bartolus in l. tutor, si petitus num. 4. ff. de tut. & curat. dat. ab his, Caualcanus Borgn. de tut. & curat. num. 200., Gutierez. eod. tit. part. 1. c. 16. n. 63. vers. sed in matre, & auia* volentes, & matrem, & auiam teneri intra quatuor menses petere admitti, ita vt admitti non debeant, si eo tempore elapso petant. In ordine tamen ad alios legitimos nemine contradicente dantur solummodo quatuor menses à die scientiæ mortis patris pupillorum, vltra quos non debeant admitti, prout notant *Bartolus, & Salicetus in d. auth. Presbiteros C. de Episcop. & Cler., & in auth. de Sancis Episcop. §. Deo autem collat. 9. idem Bartolus in l. tutor, si petitus num. 4. ff. de tut. & curat. dat. ab his, Alexander cons. 140. super testamento nu. 5. vers. aliud earum videtur vol. 1., & cons. 161. super primo vol. 5., Decius cons. 16. num. 7., Caualcanus de tut. & curat. d. num. 200.*

3 Consanguineis ad suscipiendam tutelam dantur quatuor menses.

Aduerto vlterius, quod quamuis regularitèr præscribatur matri, & auiæ, & consanguineis habentibus eius ad successione tempus quatuor mensium ad assumendam tutelam, vltra quos non possint amplius assumere, in ordine tamen ad petendum alium tutorem tale tempus protrahatur ad annum, quod clarè colligitur *ex textu in l. sciant 10. C. de legit. hæred.* Ibi: *Sciant, qui ad successionem vocantur pupilli mortui, si defuncto eius Patre, tutorem ei secundum leges non petierit intra annum, omnem eis, siue ab intestato, siue iure substitutionis successionem eius (si impubes moritur) denegandam esse*; hocque firmant *Bartolus in l. 2. in verb. confestim in fin. ff. ad Trebell., Nicolaus de Vbald. in tract. de success. ab intest. 2. art. in tertia limit., Marianus Soc. Iun. cons. 16. vol. 2., Odofredus in d. l. sciant, & ibi Paulus de Castro*.

4 Ad petendum tamen alium tutorem datur annus.

Aduerto vlterius hoc etiam intercedere discrimen quoad pænas in ordine ad non susceptionem tutelæ, quando nulla interuenit legitima causa non susceptionis, & in ordine ad non petitionem, quando etiam nulla causa excusat, quod in non susceptione, non solum non suscipiens priuatur iure ad successionem pupillorum, sed etiam quocunque legato eidem per testatorem relicto, per textum *in l. qui tutelam ff. de testam. tut.*, quod procedit in ordine ad tutorem testamento relictum, quod, an procedat etiam in ordine ad legitimum alibi videbitur; in non petitione verò tutoris ex alibi dictis priuatur solum successione pupilli &c.

5 Ob non susceptionem tutelæ consanguinei non solum priuantur successione, sed etiam legatis, non sic autem ob non petitionem tutoris.

6 Consanguinei excusata Matre seruato ordine tenentur pupillis tutores petere.

Assertio I. Seruata proportione, & ordine inter se tutores legitimi, siue fuerint agnati, siue cognati excusata Matre, & successiue Auia, nec illis tutores petentibus intra tempora à iure præfinita, tenentur tutores petere. In hoc communiter consentiunt *Antonius Gomez in l.14. Tauri n.18. in vers. item etiam limita*, *Antonius Gabriel lib. 6. commun. opin. sub tit. de tut. concl. 1. num. 13.*, *Silua nuptialis Ioannis Neuizani lib. 1. limit. 1.*, vbi asserunt, quod, si mater, vel proximior in gradu intra annum ipsis præfinitum ad petendum pupillis tutorem decesserint, tunc à die obitus eorundem incipiat currere annus alijs sequentibus habentibus ius ad successionem; si verò non decesserint, sed intra annum non petierint, tunc elapso illo anno alter annus incipiat currere alijs immediatè sequentibus in gradu, qui, si intra illum secundum annum non petierint, etiam priuantur successione pupillorum *Bartolus in l. Nepotibus C. qui pet. tut.*, *& in l. 2. §. confestim ff. ad Tertul.*, ex quibus omnibus deducitur, quod proximiores in gradu siue agnationis, siue cognationis post matrem teneantur pupillis tutores petere sub pæna priuationis quoad eorum successionem.

Iura, quibus innititur assertum.

Expresè colligitur *ex l. sciant 10. C. de legit. hæred.* vbi sic legitur, *Sciant, qui ad successionem vocantur pupilli mortui, si defuncto eius Patre, tutorem ei secundum legem non petierint intra annum omnem eis siue ab intestato, siue iure substitutionis successionem eius, si impubes moritur, denegandam esse*; hæc tamen omnia intelligenda sunt iuxta superius dicta ordine successiuo, & seruata prærogatiua gradus *Glosa fin. in fin. l. 2. ff. qui pet. tut.*, *& in l. nepotibus* Ibi *non tantum obest, si non petieris, cum eorum mater præcesserit C. qui pet. tut.*

7 Si pupilli acquisita pubertate decesserint, consanguinej, qui non petierunt tutorem non priuantur successione.

Sed ex eo, quod dicatur *in d. l. sciant*, *si impubes moritur*, oritur hic difficultas, an, si filij decesserint iam acquisita pubertate, adhuc consanguinei, qui tenebantur tutores petere, si non petierint, amittant ius ad successionem? Absolute asserendum videtur, quod non amittant non solum, quia illa particula, *si impubes moritur*, est restrictiua quoad casum pupilli deficientis in impubertate, sed etiā, quia est textus manifestus hoc comprobans *in l. matres C. ad Tertul.* vbi dicitur *Matres, quæ puberes amiserant filios, licet impuberibus eis tutores non petierint, præscriptione non petiti tutoris ad excludendam eorum successionem minimè debere. præscribi certum est*, hocque notant communiter scribentes *in d. l. sciant*, *Silua nuptialis lib. 2. n. 57. in septima limit.*, *Marantus in repet. l. si potest num. 239. ff. de acq. hæred.*, & licet hic textus *in l. matres C. ad Tertul.* videatur loqui dumtaxat in ordine ad matrem, quæ non petijt tutorem tempore à iure præfinito, quando filius decessit acquisita pubertate; ex paritate tamen rationis extendendus est etiam ad alios consanguineos in gradu proximiores, qui tutorem non petierint, & filij post acquisitam pubertatem deficerent.

8 Stante statuto protrahente tempus tutelæ ad 18. annū consanguinei, qui non petierunt tutorem priuarentur successione, si filij decesserint ante 18. annum, licet post 14.

Hic tamen aduertendum est, quod, si adesset statutum, quod protraheret tempus tutelæ vsque ad decimum octauum annum, & filius decederet post decimum quartum suæ ætatis annum, infra tamen decimum octauum, tunc consanguinei, qui tutorem non petierint, amittant ius ad eius successionem per ea, quæ notant *Petrus Ancharanus in c. canonum statuta vers. quæro etiam, si statuto de Constit.*, *Ioannes Crassus in l. omnes populi ff. de iust. & iur.*, *Brunus in tract. quod stantib. masculis q. 3.* quidquid ex aduerso dixerint *Baldus in l. matres in fin. C. ad Tertul.* De hoc latè egimus in præcedentibus *prænot. 13. sub assert. 2. vers. quinto contingit dubitari*, vbi etiam rationem assignauimus, propter quam consanguinei ab hac pæna eximantur, quando filius pubes decessit.

9 Regulariter in casibus, in quibus excusatur Mater à pæna priuationis successionis, excusantur, & consanguinei.

Assertio II. Licet regulariter in casibus, in quibus mater excusatur à pæna priuationis successionis ob non petitum tutorem intra terminum à iure præfinitum, excusentur etiam consanguinei, qui excusata Matre tenentur petere; in plerisque tamen casibus, in quibus illa excusatur, isti non excusantur. Singulos expono.

10 Excipiūt aliqui casum minoritatis, in quo mater excusatur, non consāguinei.

Primus casus est, quem refert *Salicetus in l. sciant in princip. num. 1. vers. sed quid, si masculo minore C. de legit. hæred.*, quod scilicet, licet mater ratione minoritatis ætatis non peruenientis ad annum vigesimum quintum eximatur à pœna priuationis huiusmodi, si intra præfinitum tempus tutorem filijs impuberibus non petierit per textum *in l. 2. C. si aduers. delict.*, & hoc etiam communiter DD. statuunt *Ludouicus Romanus cons. 279. visis thematis narratione &c.*, *Phylippus Corneus cons. 40. col. 2. vol. 3.*, *& cons. 204. pro decisione lib. 4.*, *Marantus in repet. l. is potest nu. 237. in quarta limitatione ff. de acqu. hæred.*; non tamen eximatur ab eadem pæna consanguineus masculus, quantumuis fuerit minor, si ijs, quibus debebat, non petierit tutorem, & hoc ea ratione, quia textus *in l. fin. C. si aduers. delict.* dicit hoc esse speciale in matre, quia fæmina. Sed

hunc

hunc casum diserimiois inter matrem minorem, & consanguineum minorem non libenter admitterem propter ea, quæ latè tradidi io præcedentibus *sub hoc eodem titulo de tut.& curat. prænot.13. sub assert. 3. sub causa quinta vers. secundo contingit dubitari*, vbi relatis diuersis opinionibus annuimus opinioni asserenti, & consanguineum minorem excusari, & ibi hanc opinionem varijs rationibus,& iuribus confirmauimus,& à contrarijs vindicauimus signantèr respondentes ad textum *in d.l.fio. C. si aduersus delictum*. Recole, quæ ibi dicta sunt; noo enim vacat ea repetere.

11 Refutatur tamen hæc exceptio.

Secundus casus est, quaodo alij à matre ooo obtinent primom gradum, quia certè hi excusantur ab hac pæoa, prout notat *Glosa vnic. in l. nepotibus C. qui pet. tut., & ibi Salicetus num.3.& 4., Baldus in l. matres C. ad Tertul. nu.1., & in l. sciaot C. de legit. hæred., Phylippus Decius in c. ex parte de appel.n.37., Bartolus cons.18. viso testamento num. 3. lib.1.*, & ratio est maoifesta, quia existentibus proximioribus io gradu non aperitur via remotioribus ex supra commendatis. Verum tamen est, quod, si proximiores in gradu decederent, tenerentur immediatè succedentes petere, quod, si negligerent, vtique deciderent à iure successionis *Bartolus, & Salicetus in d. l. sciant num. 4. C. de legit. hæred.* Verum in hoc casu non est exceptio à communi regula, sed negatio oneris io remotioribus existeotibus aoterioribus in gradu ad petendum.

12 Consanguineus non subijcitur pænæ priuationis, quando non est proximior in gradu.

Tertius casus est ex capite ignorãtiæ, quæ non ita facilè, si fuerit iguorantia iuris, excusat masculos, sicuti excusat fæmiuam Matrem, tum quia, noo ita facile in illis præsumitur, sicuti in ista; tum quia facilius masculi possuot peritiores coosulere.

13 Ob ignorantiam, non ita facile excusantur consanguinei, sicut mater.

PRÆNOTIO XVI.

De legitima Patronorum tutela.

SVMMARIVM.

Explicatur in ordine, ad quos procedat hæc patronorum tutela. 1.

Explicatur, quo iure tutela patronorum dicatur legitima. 2.

Attento iure regni Castellæ, & Lusitaniæ Mater, Auia, auus paternus, & maternus, si fuerint liberi, præferuntur quoad tutelam libertorum patronis. 3.

De iure tamen communi patroni præferuntur parentibus. 4.

Rationes suadentes patronos in tutela libertorum teneri satisdare. 5.

Rationes suadentes non teneri. 6.

Patronus, si fuerit honestæ integritatis, & diues non videtur compellendus ad satisdandum. 7.

Secus, si fuerit persona vulgaris, & minus honesta. 8.

Regulariter io omoibus casibus, in quibus patronus seruos impuberes manumittit, est eorum legitimus tutor. 9.

Fallit tamen in aliquibus casibus, & quibus. 10.

NON procedit titulus de tutela patronorum io ordine ad seruos, qua formalitèr tales, cum in ordine ad illos Domini oon sint propriè tutores, quateous serui sunt propriè sub potestate Dominorum, sicuti Patres noo sunt propriè tutores in ordioe ad filios, quos habent sub patria potestate; procedit igitur solummodo de tutela eorundem Dominorum in ordine ad seruos maoumissos, de qua tutela extat titulus *Instit. de legit. patroo. tut.* Hæc patronorum tutela in ordine ad libertos eo modo se habet, quo tutela Patris io ordine ad filios impuberes, quos emancipauit.

1 Procedit in ordine ad seruos manumissos.

De hac tutela multa contingunt in præsenti examinari, & primo, qua ratione hęc tutela dici possit legitima, cum per nullam legem expresè inducatur? Secuodo, ao hæc tutela in patrono locum habeat existeote Matre, seu Auia serui manumissi, seu liberti? Tertio, an patroous io susceptione tutelæ respectu manumissi teneatur satisdare, sicuti in multorum seotentia satisdare teoentur cæteri tutores legitimi. Quarto, an in omoibus casibus, quibus patroni seruos impuberes maoumittunt, intelligantur eorum legitimi tutores, an verò in aliquibus casibus excipiantur a tali regula, & quibus?

Articuli examinandi circa hũc titulum.

In ordine ad primum hoc aduertendum est, quod ex lege 12. tabul. statutum est, quod, si liberti, vel libertæ intestati, seu intestatæ decesserint, eorum, seu earum hæreditates pertineant ad patronos, & eorum liberos eo modo, quo disponit, quod, si agnati ab iotestato decesserint, eorum booa, seu hæreditates ad agnatos proximiores deueoiant; Quia tamen eadem lex duodecim tabularum disponit, quod, sicuti agnati proximiores ad hæreditatem mortuorum ab intestato vocantur, ita vocentur ad agnatorum impuberum tutelam, addita ratiooe, quia vbi est successionis emolumeotum, ibi & onus tutelæ esse debet; ex hoc commuoiter inferunt DD., quod etiam, sicuti Patroni, & eorum liberi vocantur ad libertorum deceden-

2 Explicatur, quo iure tutela patronorum dicatur legitima.

tium

rum ab intestato hæreditatem, ita etiã vocentur ad eorundem tutelam, non quia lex duodecim tabularum hoc expressè disponat quoad tutelam in ordine ad patronos quoad liberos, sicuti disponit de tutela agnatorum in ordine ad agnatos impuberes, sed quia militante eadem ratione successionis, hoc per communem interpretationem receptum est, perindè, ac si esset espreisè dispositum. In hunc sensum quoad hanc patronorum tutelam recipit legem duodecim tabularum textus *in princip. Instit. de legit. patr. tut., Gutierez de tut. & cur. c. 13. num. 2., & alij communiter in hac materia scribentes*. Ex quibus omnibus deducere poteris, hanc patronorum tutelam in ordine ad libertos dici legitimam sic legem interpretante communi DD. consensu conformiter ad mentem legislatorum.

In ordine ad secundum *Gutierez de tut. & curat. d. c. 13. num. 3., Molina de iust.*

3 Attento iure Castellæ, & Lusitaniç parentes in tutela libertorum præferuntur patronis.

& iur. tract. 2. disp. 220. vers. patronus loquentes in terminis iurium municipalium Regni Castellæ, & consuetudinis Lusitaniæ asserunt, quod in concursu Patroni, Matris, Auiæ, Aui paterni, & materni, si isti fuerint liberi seruato ordine, de quo in præcedentibus, isti præferantur patrono. Sed quidquid sit de huiusmodi iuribus municipalibus, & consuetudine locorum attento iure communi non video, qua ratione sint præferendi patronis; sicuti enim perseuerante seruitute non sunt sub potestate

4 De iure tamen communi patroni præferuntur parentibus.

Matris, Auiæ, Aui, siue paterni, siue materni, sed sub libera dispositione dominorum, ita facta manumissione remanent sub tutela eorundem Dominorum; licet enim per manumissionem liberentur quodamodo ab onere seruitutis, non tamen eximuntur à iure, quod habent patroni succedendi eisdem libertis decedentibus ab intestato per ea, quæ habentur *in l. fin. C. de bon. libert.*, & ex hoc iure, quod habent patroni succedendi, oritur in eisdem onus tutelæ, & hoc ius successionis, & onus tutelæ ita est radicatum in patronis etiam post manumissionem, sicuti iura seruitutis perseuerante eadem seruitute, & sicuti hac permanente escluduntur mater, & cæteri à potestate serui, ita facta manumissione excluduntur per Patronum ab onere, seu iure tutelæ.

In ordine ad tertium ratio dubitandi ex vna parte ex eo prouenit, quod tutela patronorum per superius dicta computatur vt legitima; legitimi autem tutores satisdare tenentur per textum *in l. legitimos ff. de legit. tut., Baldus in l. 1. ff. rem pupil. sal. for., Bartolus in l. multo §. sub conditione num. 3. col. fin. ff. de tut., Antonius Piaggius de tut. & cur. q. 7. num. 23.*; Ex alia parte cum tutela patronorum comparetur ad tutelam Patris facta emancipatione quoad filios impuberes, sicuti Pater non videtur compellendus ad satisdandum pro filijs impuberibus, ita nec Patronus quoad libertos, cum patroni eisdem iuribus gaudeant quoad libertos, quibus parentes quoad filios *l. fin. C. qui & aduersus quos l. si quis à liberis §. silent ff. de lib. agnos.* Quid iam in hac controuersia concludendum? Crederem hanc rationem dubitandi sub distinctione dirimendam esse; vel etenim persona patroni est honesta, notæ integritatis, diues, & suspicionis expers, vel est vulgaris, & minus honesta; rursus vel substantia liberti est modica, vel considerabilis, & egregiæ quantitatis; Si persona patroni fuerit primi genitis, & substantia liberti modica, indubitati iuris videtur, quod patronus non sit compellendus ad satisdandum, quod idem intellige, si patronus fuerit honestus, & expers suspicionis, & substantia liberti fuerit considerabilis; si verò patronus fuerit vulgaris, & minus honestus, tunc congruentius compellendus videtur ad satisdationem. In vniuersum inclinant *Vulpianus in l. legitimos in princip. ff. de legit. tut. Glosa in princip. Instit. in verb. legitima de legit. patron. tut. & in §. item ex inquisitione vers. idonei Instit. de satisd. tut., Salicet. in l. 3. C. de tut. & cur. qui satis. non ded.* Ratio horum omnium ea est, quia, quando persona patroni est honesta, & immunis à quacunque suspicione cessat quæcunque ratio dubitandi, ne liberti patrimonium inaniter consumet, quando verò est persona vulgaris, & indigens potest esse ratio suspicandi, ne substantiam liberti dissipet, vel ad consulendum propriæ indigentiæ, vel ad alios effectus. Quid verò sentiendum sit de Patre tutore filij impuberis emancipati, an scilicet satisdare cogantur? Adhibita eadem distinctione procedunt *Gregorius Lopez in l. 9. glos. magna verb. Fiadores in vers. limita tamen, Salicetus in d. l. 3. C. de tut. & curat. qui satisd. non ded., Baez de decim. tut. c. 2. num. 78.* Sed in rigore non crederem, ita strictè procedendum in Patre, nisi notæ esset expressæ suspicionis; cum non sit præsumendum de mala administratione in Patre, cuius amor erga filios talis est, quo maior dari non possit, quiq; tollat omnem suspicionis rationem.

In ordine ad quartum dicendum est in plerisque casibus patronum manu-

5 Rationes suadentes patronos in tutela libertorum teneri satisdare.

6 Rationes suadentes non teneri.

7 Patronus, si fuerit persona honesta; & diues non tenetur satisdare.

8 Secus, si fuerit persona vulgaris, & inops.

mit-

9 Regulariter in omnibus casibus, in quibus patronus seruos impuberes manumittit, est eorũ legitimus tutor.

mittentem seruum impuberem, eiusdem legitimam tutelam non consequi. Hoc clarè eninceitur ex textu *in princip. Instit. de legit. patron. tut.* vbi dicitur *Quia plerumque, vbi successionis est emolumentum, ibi & tutelæ onus esse debet*; illa autem particula *plerumque*, licet de sui natura denotet, & designet regulam per textũ *in l. plerumque cum ibi notatis ff. de Iure dotium* indicat tamen in aliquibus casibus aduersus talem regulam dari exceptionem. Quinam autem sint casus, in quibus fiat exceptio? Casus specialiter exponitur in d. textu *in princip. Instit. de legit. patron. tut.*, quando scilicet a fæmina impubes manumittitur; tunc etenim ipsa fæmina manumittens vocatur ad successionem serui manumissi, non tamen ipsa potest esse tutrix, ea fortè ratione, quia excepta Matre, & Auia fæminæ non admittuntur ad tutelam. Alter casus habetur penes *Glosam ibid. in verb. Tutor Instit. de legit. patron. tut.*, & tunc est, quando manumittens est minor annis 25., quia ipse vocatur quidem ad hæreditatem manumissi, si decedat ab intestato, non tamen admittitur ad tutelam per textum *in l. vlt. §. fin. C. de legit. tut.*

10 Fallit tamen in aliquibus casibus, & quibus

PRÆNOTIO XVII.

Quinam Iudex dare possit tutorem pupillis.

SVMMARIVM.

Iudex ad dandum tutorem debet habere iurisdictionem in pupillum, cui dandus est, & in eum, qui dari debet, & quamnam. 1.
Triplex Iudex assignatur. 2.
Sententia Montani volentis tàm Iudicem originis, quàm habitationis, & bonorum posse tutorem constituere. 3.
Iudex originis, qui simul non sit habitationis, probabilius non potest tutorem dare. 4.
Regulariter loquendo Tutor datus à Iudice habitationis extenditur ad omnia bona etiam alibi sita. 5.
Stante contradicente contra tutorem datum à Iudice habitationis quoad bona alibi sita quid sentiendum sit. 6.
Refertur opinio Montani. 7.
Probabilius quoad eadem bona dandus erit curator per Iudicem bonoram. 8.
Neque per Iudicem originis potest constitui tutor subditus Iudici habitationis. 9.
Iudex bonorum simpliciter non potest constituere tutorem, sed solum curatorem. 10.
Tutor propriè, & in rigore constituendus est per Iudicem habitationis. 11.
Si pupillus sit Clericus, probabilius est tutor per Iudicem Ecclesiasticum dandus. 12.
Reijciuntur Aufrerius, & Carolus Molinaeus tanquam hostes Ecclesiasticæ immunitatis. 13.
Extantibus ex eodem Patre pluribus pupillis quorum alij sint laici, alij Ecclesiastici sententia asserens pro omnibus tutorem posse constitui à Iudice laico. 14.
Sententia asserens dandum esse à Iudice Ecclesiastico quoad omnes. 15.
Sententia asserens vnum tutorem pro laicis dandum esse à Iudice laico, alterum pro Clericis ab Ecclesiastico. 16.
Nisi fortè vterque Iudex concurrat ad vnũ, & eundem constituendum, qui vtraque auctoritate respectiuè regat. Ibid.
Reijciuntur rationes pro prima sententia adductæ. 17.
Reijciuntur rationes pro secunda sententia adductæ. 18.
Reijcitur opinio Castrensis asserentis, quod tutor datus à Iudice Ecclesiastico gerere solum debeat circa personam Clerici, non circa bona eiusdem. 19.
Dato duplici tutore altero ab Ecclesiastico pro Clerico, altero à laico pro laicis, & orta controuersia super bonis curam, quo Iudice controuersia erit agitanda. 20.
Sententia asserens agitandam esse coram Iudice Ecclesiastico. 21.
Si res fuerit diuidua erit respectiuè coram vtroque agitanda. 22.
An causa pupillorum simul habitantium, & habentium bona indiuisa dicenda sit indiuidua, an diuidua. 23.
Tria genera indiuisionum assignantur. 24.
Huiusmodi pupillorum causa non est indiuidua. 25.
Per Iudicem laicum nequit dari Clerico tutor etiam Ecclesiasticus. 26.
Sententia asserens Iudicem Ecclesiasticum non posse dare clerico tutorem laicum. 27.
Probabilius potest dare. 28.
Dato duplici tutore, altero per Iudicem Ecclesiasticum, altero per laicum inuentarium secundum aliquos conficiendum est auctoritate Iudicis laici. 29.
Congruentius tamen conficiendum est auctoritate vtriusque. 30.

IAm incipimus examinare ea, quæ pertinent ad tertium genus tutelæ nempe datiuæ, quæ in eo defert a primo genere testamentariæ, & a secundo legitimæ, quod testamentaria constituitur per testatorem in testamento, legitima a lege, hæc verò a Iudice, de quo Iudice modo controuertitur, quinam esse debeat, qui possit pupillis tutorem constituere? Hoc certum est, quod tutor, qui dari debet à Iudice debet esse de iurisdictione pupilli, aut Iudicis dantis per

1 Iudex debet habere iurisdictionem, & quamnam.

textum

textum *in l. neque C. qui dar. tut. & curat.*, *Aret. Instit. de Attil. tut.*, *Franciscus Marc. decis. 251. in prima part.*, *Alexander cons. 161. super primo num. 7. vol. 5.*, ex quibus deducitur, quod Iudex tutorem constituens debeat habere aliquam iurisdictionem in pupillum, & in eum, quem præficit tutelæ eiusdem. Intellige, nisi daretur alienus, qui consentiret, tunc etenim iurisdictio prorogaretur *Alexander cons. 161. num. 7. lib. 5.*, *Andreas Barbatius cons. 61. num. 5 lib. 3.*

Hæc autem iurisdictio, vel potest esse, quia sit Iudex domicilij originis eius, qui præficitur, vel eius, cui præficitur, vel quia sit Iudex domicilij habitationis, vel vtriusque, vel saltem eiusdem

2 Triplex Iudex assignatur.

pupilli, vel quia sit Iudex bonorum, quatenus bona eiusdem pupilli sita sint in territorio subdito eidem Iudici, quamuis ipse pupillus ibi non habeat nec domicilium habitationis, nec originis. Rursus hæc iurisdictio potest esse ratione personæ, vel status eiusdem, quatenus pupillus, cui dari debet tutor, sit clericus, vel laicus, adeout ratione eiusdem status sit competens Iudex vel solus Ecclesiasticus, vel laicus. Tandem hæc iurisdictio considerari potest in ordine ad munera, quæ præstari debent, puta ad confectionem inuentarij bonorum clerici, an scilicet debeat esse laicalis, vel Ecclesiastica, & alia huiusmodi.

3 Sententia Montani volentis tàm Iudicem originis, quàm habitationis, & bonorum posse tutorem pupillis constituere.

Montanus *de tut. & curat. c. 20. ferè per tot.* videtur sentire, sufficere ad dandum huiusmodi tutorem iurisdictionem vel originis, vel habitationis, vel etiam bonorum, quod indicat *loc. cit. num. 2.*, & magis confirmat *num. 6.*, dum dicit, quod, si oriatur dubium de prioritate dationis, vel per Iudicem originis, vel per Iudicem domicilij præualeat Iudex originis adducta auctoritate *Angeli in §. sed hoc iure num. 2. Instit. de Attilian. tut.*, dum enim dicit, quod in dubio prioritatis prælatio datur Iudici originis, vtique supponit, quod, si Iudex domicilij primo tutorem constituerit, vtique validè constituerit, hicque sit præferendus. Concedit tamen, quod communiter Iudex habitationis pupilli constituat pro eodem tutorem, cuius tutoris auctoritas extendatur ad omnia pupilli bona etiam alibi sita, quod etiam docuit *Rebuffus tit. de sent. prouis. art. 3. glos. 2. num. 12.*, *Alexander cons. 44. nu. 17. lib. 5. per textum in l. 1. in fin. ff. de tut. & curat. dat. ab his*, *& in l. propter litem §. licet ff. de excusat. tut.* Nos singula, quæ hic insinuata sunt, sedulo perscrutabimur in ordine ad quemcunque Iudicem siue originis, siue habitationis, siue bonorum, siue laicum, siue Ecclesiasticum relatiuè ad personas, & status pupillorum, & ad personas, quæ dari debent in tutores.

ASSERTIO I. Iudex originis, qui simul non sit habitationis pupillorum, probabilius non est competens ad dandum eisdem pupillis tutorem, quantumuis bona ipsorum sita essent in territorio eiusdem Iudicis originis. Consentiunt *Practica Papiensis for. redd. rat. tut. glos. eidem Iacobo*, *Rota Romana in vna Romana tut. 15. Martij 1641. coram Verospio part. 9. recent. decis. 12. num. 23. & seqq.*, *Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. verb. Iudex num. 36.* contra *Montanum de tut. & curat. c. 7. nu. 56.*, *& c. 20. num. 2. & 3.*, vbi asserit disiunctiuè, quod, si pupillus vel in loco originis, vel in loco habitationis habeat facultates, vel aliquam earum partem, possit siue Iudex originis, siue habitationis eidem tutorem constituere, quod probat per textũ *in l. vnica C. vbi pet. tutor.*, *& l. pupillo ff. de tut. & curat.* Rursus idem *Montanus in d. c. 7. num. 56.* asserit, quod, si bona pupilli alibi sita sint, possit Iudex loci, in quo sita sunt, dare tutorem, quamuis pupillus sit oriundus ex alio loco, quod probat per eundem textum *in l. vnica C. vbi pet. tutorem.* 4

4 Iudex originis, qui simul nõ sit habitationis, probabilius non potest tutorem constituere.

Ratio in vniuersum ex eo deduci potest, quod DD. pro communiter recepto axiomate constituant tutorem dari principalitèr personæ, & secundario in consequentiam, seu per consequentias rebus, seu patrimonio pupilli; ea siquidem ratio dationis tutoris est, vt personę pupilli prouideatur, & quia eius bona, seu facultates personam veluti digniorem sequuntur, per consequentiam fit, vt etiam facultatibus censeatur datus, si non æquè primo, saltem minus principalitèr *Glosa in §. 1. verb. data Instit. de tut. & in §. ad certum verb. personæ Instit. Qui testam. tut.*, *Marianus Socinus cons. 97. num. 6.*, *& cons. 148. num. 2. lib. 1.*, *Alexander cons. 44. num. 17. lib. 5.* Propter hanc rationem communius statuunt DD., quod ventri prægnanti non possit tutor constitui, sed dumtaxat, & ad summum curator, quia in statu ventris prægnantis tutor non potest esse in ordine ad personam, ergo, cum persona pupilli, vtpotè extra territorium Iudicis originis non sit illi subdita, non poterit per istum eidem tutor constitui, quia prima ratio est personæ, prout considerauit *Rota Romana in illa Romana tutelæ 15. Martij 1641. coram Verospio.*

Rationes pro hoc asserto afferuntur.

Neque obesse potest, si asseratur primo, quod per Iudicem originis posse

con-

constitui tutor quoad bona in proprio territorio existentia, & per Iudicem habitationis possit constitui tutor quoad personam, qui tutores, cum non possint dari separatim, vt vnus sit pro rebus, alter pro persona, vterque sit tutor, & super patrimonio pupilli, & super tutela personæ per textum *in l. vt vim ff. de iust. & iur.* Non, inquam, obesse potest, quia, quando tutela non est super personam non est propriè tutela, cum deficiat munus principale, ad quod est instituta, nec potest dici, quod destinatio super rebus trahat secum destinationem super personam, quia id, quod minus principale est non trahit ad se id, quod magis principale est, benè tamen è contra, vnde dici potest, quod destinatus ad personam intelligatur per consequentias destinatus ad res, non è contra.

Solutio obiecta contraria.

5 *Regulariter loquendo tutor datus à Iudice habitationis extenditur ad omnia bona etiã alibi sita.*

Sed hic oritur difficultas, an saltem Iudex originis possit constituere curatorem super rebus in proprio territorio existentibus, qui valeat administrare independenter à tutore constituto per Iudicem habitationis super persona pupilli? Communiter statuunt, quod tutor simpliciter datus à Iudice censeatur datus omnibus bonis vbicunque sitis *§. datus Instit. de excus. tut.*, *Alexander cons. 128. num. 3. & 4. lib. 1. per textum in l. propter litem §. licet ff. de excus. tut.*, *& in l. magis puto §. illud ff. de rebus eorum*, quæ adeo vera sunt, vt licet *Glosa in l. non solum vers. & qui in testamento dato ff. de excus. tut.* asserat, quod, si à Iudice datus fuerit tutor in ordine ad res, si res sint in aliena prouincia, ipso iure nulla sit datio, communiter tamen DD. reprobantes hanc glosam docent, quod valida sit huiusmodi datio, & tutela extendatur ad quæcunque bona, quantumuis existentia extra territorium Iudicis talem tutorem constituentis; ex quibus concludendum videtur, quod independentèr ab eodem nequeat constitui curator pro bonis existentibus extra territorium Iudicis, qui tutorem dedit, cum hic intelligatur datus ad omnia bona, vbique existentia.

6 *Existente contradictore aduersus tutorem à Iudice habitationis datum quoad bona aibi sita quid sentiendum sit.*

Sed quid dicendum erit, si tutor electus à Iudice habitationis habeat contradictorem quoad exercitium tutelæ, seu administrationem in loco, vbi pupilli bona sita sunt, an tunc quoad talia bona poterit à Iudice eiusdem loci dari curator? Montanus *de tut. & curat. c. 4. nu. 24. vers. similiter* supponit, quod de alio tutore prouidere debeat Iudex loci, in quo sita sunt bona, quod tamen intelligit, si tutor datus quoad personam pupilli à Iudice habitationis se excuset. Rursus *idem Montanus c. 7. num. 8. & 9.* dicit, quod non solum tutor testamentarius, sed etiam datiuus simpliciter datus à Iudice se extendat ad omnia bona etiam alibi sita, nisi tamen de alio tutore sit prouisum quoad bona extra territorium sita; ex quibus videtur deduci ex ipsius mente alium tutorem quoad talia bona posse constitui. Rursus *idem Montanus c. 32. in prima regul. num. 5.* asserit, quod, si tutor datus simpliciter à Iudice habitationis pupilli habuerit contradictorem quoad bona extra territorium existentia, non possit eadem administrare, sed scribendum sit ad Iudicem loci bonorum, vt eum immittat in possessionem bonorum pupilli ibidem existentium, & eodem tutore apparente citandos esse omnes, qui possunt esse tutores; ex quibus videtur deduci tutorem à Iudice habitationis datum independentèr à Iudice loci, in quo sita sunt bona, non posse se ingerere in administratione eorundem bonorum. Hæc ex mente eiusdem Montani. Quid tamen secundum veritatem concludendum? Generaliter crederem posse per Iudicem loci, in quo sita sunt bona, extante contradictore in ordine ad tutorem constitutum per Iudicem loci habitationis constitui curatorem in ordine ad eadem bona. Ratio est, quia quandocunque tutor legitimè datus est impeditus, absens, potest alius substitui, prout docet idem *Montanus de tut. c. 24. per totum*, *Rota Romana part. 2. diuers. decis. 89. num. 6.*, *Paulus Christinus decis. 150. per totum vol. 3.*, *Rota Roman. part. 13. recent. decis. 108. num. 3. & part. 15. decis. 107.*, sed extante contradictore quoad tutorem datum in loco, in quo sunt bona, in ordine ad administrationem eorundem intelligitur impeditus, & est absens, ergo saltem in ordine ad eadem poterit curator constitui, & quidem per Iudicem talis loci, ne etiam alius, si fuerit datus à Iudice habitationis pupilli, per similem contradictionem impediatur, & interim bona pupilli ibi existentia periclitentur.

7 *Refertur opinio Mõtani.*

8 *Probabilius per Iudicem bonorum dandus erit curator quoad eadem bona.*

Neque obesse potest secundo, si asseratur, quod per Iudicem loci originis possit constitui tutor, qui sit subditus Iudici habitationis, qui propterea possit exercere munus tutelæ, & in ordine ad personam pupilli, & in ordine ad bona sita in loco originis. Non, inquam, obesse potest, quia, cum persona destinata in loco habitationis non sit subdita Iudici originis non potest per ipsum legitimè constitui per textum *in l. neque (qui dar. tut. & curat.*, *Aret. Instit. de Attil. tut.*, *Montan. de tut. & curat. c. 23. num. 33.*

9 *Probabilius neq; per Iudicem originis potest constitui tutor, qui sit subditus Iudici habitationis.*

Neque obesse possunt tertio iura, quæ

S fue-

fuerunt per Montanum adducta sub assertione ès *l. vnica C. vbi pet. tut. & in l. pupillo ff. de tut. & curat.* Non, inquam, obesse possunt, quis, ne teneamur dicere, quod hæc iura aduersentur iuribus supra allegatis pro assertione nostra *in §. datus Instit. de excus. tut.*, alijsque, debemus asserere, quod hæc iura secundum congruam interpretationem intelligenda sint, vel de datione curatorum in ordine ad bona, si ibi sunt, existente contradictore in ordine ad tutorem datum à Iudice habitationis, quod non videtur dissonum textui, cuius titulus est, *vbi petantur tutores, & curatores*, vel de Iudice originis, vbi pupillus suam habeat habitationem paternam, licet ipse absens sit causa educationis.

Soluuntur iura, & rationes Montani.

Assertio II. Iudex loci, in quo sita sunt bona pupilli, nec ibi habeat domicilium originis, nec habitationis, non potest propriè dare tutorem, benè tamen curatorem. In hanc consentiunt omnes præallegati pro præcedenti assertione; & ratio primæ partis, quod scilicet propriè non possit constituere tutorem, deducitur ex omnibus rationibus adductis in corroborationem eiusdem primæ assertionis; datio etenim tutoris est principalitèr in ordine ad administrationē personę pupillaris, quæ præstari nequit per destinatum ad custodiam bonorū in loco, in quo sita sunt; Ratio verò secundæ partis ex eo deducitur, quia ex vna parte non repugnat, constitui curatorem bonorum, quamuis nullam possit exercere potestatem in personam pupilli; ex alia parte, cum bona ibi egeant cura, & administratione, vbi existunt, non videtur esse aliqua difficultas, quod ibi possit constitui curator, si extet contradictor in ordine ad tutorem constitutum per Iudicem habitationis.

10 *Iudex bonorum simplicitèr non potest constituere tutorem, sed solú curatoré.*

Rationes pro vtraque parte asserti.

Vlterius eadem secunda pars euincitur *ex glos. in l. vnica C. vbi pet. tut.*, vbi asserit, quod vbi bona pupilli essent dispersa in varijs locis, possint in omnibus locis constitui tutores, quod quidem intelligit per Iudices eorundem locorū, hocque confirmat ex textu *in l. pupillo ff. de tut. & cur. dat. ab his*, ex quo textu manifestius deducitur nostra assertio, ibi enim dicitur, quod, si pupillus habeat bona in loco, in quo habet habitationē, & simul in alio loco, in quo non habeat, Iudex loci habitationis det vnum tutorem, & Iudex in loco, in quo non habitat, alium constituat pro rebus ibi existentibus, qui certè licet ex primatur communi nomine tutoris, propriè tamen non est, nisi curator, cum non detur personæ, sed rebus, ergo potest constitui curator pro rebus existentibus in alio loco ab eo, in quo habitat pupillus, & vtique per Iudicem talis loci.

Assertio III. Tutor propriè, & in rigore constituendus est per Iudicem domicilij habitationis pupilli, siue ibi extent bona eiusdem, siue non extent. Deducitur ex ijs, quæ hactenus dicta sunt, præcipuè in prima assertione; tutor enim datur principalitèr pro persona pupilli, quæ vtpotè principalior trahit ad se etiam bona, quantumuis alibi existentia, & hoc prouenit ex ipso iure tutelæ legitimè collatæ, quæ extenditur, & ad personam, & ad omnia eius bona, quod, si deinde eiusdem administratio impugnetur à Iudice loci, in quo sita sunt bona, tunc solum talis administratio suspenditur, & ibi, ne bona pupilli in deterius abeant, constituitur curator. Ad hoc conferunt omnia iura supra allegata asserentia, quod tutela legitimè collata extendatur ad omnia bona vbicunque existentia *l. magis puto §. illud ff. de reb. cor., Angelus Aret. Instit. de legit. agnat. tut. n. 3. vers. quæro si tale.*

11 *Tutor propriè, & in rigore constituendus est per Iudicem habitationis.*

Assertio IV. Si pupillus sit Clericus, probabilius tutor est per Iudicem Ecclesiasticum constituendus *Marianus Socinus in l. si quis clericus num. 23. in fin. ff. de for. compet., Franciscus Ripa in c. 2. num. 10. de iudicijs, Ruinus cons. 89. num. 1. lib. 5., Ioannes Faber Instit. de Attil. tut. num. 4. in fin., Montanus de tut. c. 4. num. 25. & 28., Sperellus decis. 1. n. 4.* Ex Thologis *Diana resol. mor. part. 1. tract. 2. resol. 95., Bellotus in disq. Cler. part. 1. tit. de fauore Cleric. personali §. 6. nu. 15., Anguianus de legib. part. 1. lib. 2. contron. 23. num. 69.*, & alij satis communiter aduersus *Aufrerium in clem. 1. de offic. ord. reg. 4. fallen. 25., Carolum Molinæum ad Decium cons. 150. num. 8.*, qui ea ratione mouentur, quia datio tutoris respicit patrimonium Clerici; Iudex autem laicus se intromittit iustè in bona patrimonialia Clericorum.

12 *Si pupillus est clericus est dandus tutor per Iudicem Ecclesiasticum.*

Ratio ex eo deducitur, quod supra dicebamus, scilicet, quod detur tutor principaliter personæ, & non nisi per consequentias rebus, sed persona Clerici non est subdita Iudici laico, ergo per hunc non potest pupillo Clerico tutor constitui; Neque obstant, quæ ex Aufrerio, & Carolo Molinæo afferuntur, quod scilicet datio tutoris respiciat patrimonium Clerici, quod subditur Iudici laico; Non obstant, inquam, quia tutela primario respicit personam, & non nisi secundario res *ex Glosa in §. 1. verb. data Instit. de tut. & in §. ad certum verb. persona Instit. Qui testam. tut.*, quæ persona, cum eximatur ratione status à po-

13 *Reijciuntur Aufrerius, & Carolus Molinæus tanquam hostes immunitatis Ecclesiasticæ.*

potestate laica, eximitur etiam quoad tutelam; vnde meritò monet *Diana d. part.1 tract.2. resol.95.* Aufrerium cautè legendum esse, nam multa asserit non fauorabilia, & absurda contra immunitatem Ecclesiasticam.

Sed quid dicendum erit, si plures ex eodem Patre extent pupilli, & alij sint
14 laici, & alter Clericus, an tunc tutor erit dandus per Iudicem Ecclesiasticum ratione Clerici, qui omnium curam gerat, an vero per Iudicem Laicum, qui etiam regere debeat clericum; an verò vnus per laicum, qui regat pupillos laicos, alter per Ecclesiasticum, qui regat Clericum? Videtur dicendum, posse tutorem constitui per Iudicem laicũ, qui æquè valeat regere pupillos laicos, & Clericos, quandoquidem tutela videtur pertinere ad quandam æconomicam, & domesticam gubernationem in defectum parentis, adeo vt id tutor præstet, quod teneretur præstare Pater, si esset superstes, & sicuti ipse pater posset testamento constituere tutorem, qui æquè regeret filios suos impuberes, siuè fuerint laici, siuè Clerici, cum solum hic tutor fungeretur munere patris, ita, si ipse non constituerit, videtur Iudex quasi suppleus id, in quo pater defecit, posse constituere, eo modo, quo pater ipse posset constituere, adeoq; in ordine ad eos filios, siuè laicos, siuè Clericos. Hoc argumentum videtur percutere ipsam assertionem in sua radice euincens, quod per Iudicem laicum possit simpliciter pupillo Clerico dari tutor.

Extantibus ex eodem Patre pluribus pupillis, quorum alij sint laici, alij Ecclesiastici sententia asserens tutorem pro omnibus posse dari à Iudice laico.

Rationes pro hac sententia.

Ex alia parte videtur asserendum, quod
15 etiam in hoc casu existentiæ plurium filiorum, quorum alij sint laici, alij Clerici, spectet ad Iudicem Ecclesiasticum priuatiuè quoad laicum tutorem dare, & ratio videtur ex eo deduci, quia, cum interueniant, tam laici, quam clerici, tanquam pupilli, iudicium dicitur esse de foro Ecclesiastico propter personam Clerici, quæ velut magis digna trahit ad se minus dignam, vt late in similibus probat *Stephanus Gratianus discept. for. c.641 ferè per totum*, & latè habetur *c. per tuas de arbit. c. quanto de iudic. l. si communem ff. quemadmodum seruit. amit., & signanter hoc firmat Gomez var. resol. tom.3. c.10. n.6., Socin. cons.12. nu.17. ad fin. lib.1.* Adde primo, quod, si plures fuerint tutores, quorum alij sint laici, alij clerici, iudicium sit intentandum coram Iudice Ecclesiastico propter eandem rationem maioris dignitatis, per textum *in c. si Iudex laicus de sent. excom. in 6., Felinus in c. 1. col. 5. ad fin. vers. & vltimatè adeò gustat nu. 7. ad medium de præscript., Thomas Ferrarius caut. 10. incip. si contingat plures laicos*, vbi dicit, hoc esse importantissimum, ergo etiam, si constituendi sint tutores pupillorum, quorum alij sint laici, alter Clericus, erit per Iudicem Ecclesiasticum constituendus; ad quem etenim spectat diiudicare, spectat etiam constituere. Adde secundo, quod, cum sit vna, & eadem ratio defensionis, continentiæ causæ diuiderentur, si plures constituerentur tutores, quorũ alter esset conueniendus coram Iudice laico, à quo sit constitutus, alter coram Ecclesiastico, quod certè esset absurdum, prout notant in specie *Socinus cons. 12. n. 17. lib. 1., & alij plures apud Gratianum loc. cit.*, & habetur *l. nullum ff. de iud.*

Sententia asserens tutorem dandum esse per Iudicem Ecclesiasticum quoad omnes.

Rationes pro hac sententia.

16 Ex alia tandem parte videtur dicendum, quod ratione pupillorum laicorum alter sit constituendus à Iudice laico, & ratione clerici alter ab Ecclesiastico; cum etenim versemur in separabilibus ratione personarum, quæ aliæ subduntur potestati laicali, alia Ecclesiasticæ, non est, cur vnaquęq; potestas non debeat suũ officium exercere. Quid iam in hac controuersia concludendum? Probabilius arbitror, duplicem esse constituendum tutorem, alterum à Iudice Ecclesiastico pro Clerico, alterum à Iudice sæculari pro pupillis laicis, nisi fortè vterque Iudex concurrat ad constituendum vnum eundemque tutorem, qui auctoritate Iudicis Ecclesiastici regat Clericum, & auctoritate Iudicis laici regat pupillos laicos. Ratio ex eo deducitur, quia Iudex laicus nullam habet iurisdictionem in personam Ecclesiasticam, nec Ecclesiasticus in personam laicam, ergo vnusquisque debet suam potestatem, seu iurisdictionem exercere in ordine ad personas sibi subditas; Neque obstant ea, quæ pro prima opinione afferebantur,

Sententia asserens vnum tutorem pro laicis dandum esse à laico, alterum pro Clericis ab Ecclesiastico,

nempè, quod, sicuti pater potest testa- 17
mento constituere tutorem, tàm pro filijs Ecclesiasticis, quàm pro laicis, ita, & Iudex laicus possit tutorem constituere pro vtrisque, cum Iudex solum suppleat id, in quo pater defecit, & tutor datus à Iudice id solum præstet, quod præstaret pater, si esset superstes; Non, inquam, obstant, quia ex eo, quod filius factus sit Clericus, vel Ecclesiasticus, non desinit esse sub patria potestate, sicuti desinit esse sub Iudicis laici iurisdictione, adeoque mirum non est, si pro eodem possit à patre dari tutor in testamento, non autem à Iudice laico per sententiam.

Reijciuntur rationes pro prima sententia adductæ.

Neque item obstare possunt ea, quæ dicta sunt pro secunda opinione, nem-

S 2 pè,

pè, quod persona Clerici, vtpotè magis digna trahat ad suum forum personas fratrum laicorũ, vtpotè minus dignas, & quod sicuti, si fratrum alter esset Clericus, alter laicus, & essent conueniendi coram Iudice per tertias personas, vtique conueniri deberent coram Iudice Ecclesiastico propter rationem maioris dignitatis, ita, si alter sit Clericus, alij laici, tutor sit illis constituendus per Iudicem Ecclesiasticum propter eandem rationem maioris dignitatis. Non, inquam, obstare possunt, quia ea, quæ dicuntur ad summum verificantur quando agitur de re indiuidua, *Grassus de effect. Cleric. effect. 1. num. 137., Ciarlinus controu. 34. nu. 30., Gailus obseruat. 37. vers. 3. singulariter Squillant. de priuil. cler. c. 7. nu. 77.*, non autem, quando agitur de re diuidua, & separabili, quia tunc clericus non trahit ad se laicos per textum in hunc sensum communitèr acceptum *in l. si communem ff. quemadmodum seruit. amit., & ibi. præcipimus §. eodem obseru. C. de appell., Aloysius de Leo in l. qui sub prætextu nu. 21. C. de Sacrosanc. Eccl.* In datione autem tutelæ quando alter ex pupillis est Clericus, alij laici, apparet rem esse diuiduam; Neque obstare potest, quod clericus, & laici simul habitent, & habeant commune patrimonium indiuisum, Non, inquam, obstare potest, quia ex simultanea habitatione, & rerum indiuisione, vt notat *Couaruuias pract. qq. q. 34.* non benè infertur esse indiuiduam causam eorundem, cum onera possint commodè diuidi pro parte patrimonij adhuc indiuisi *Speculator de Cleric. coniugat. nu. 13., & 14., Menochius conf. 103. n. 29., Gutierez pract. qq. lib. 1. q. 6. per tot., Marsilius singul. 180.*

18 Reijciuntur rationes pro secunda opinione adductæ.

Agitur de re diuidua, & separabili.

Sed difficultas aliqua potest esse in ordine ad bona, quæ, eum sint omnino laicalia, non videntur subesse iurisdictioni Iudicis Ecclesiastici? Propter hanc *Paulus de Castro conf. 353. incip. Curator datur n. 2. lib. 1.*, asserit, quod Ecclesiasticus circa personam Clerici, & obligationem personæ dat tutorem, Laicus verò dat circa bona, & quod bonum esset, quod ab vtroque foro daretur; ex quibus iuxta mentem eiusdem videtur inferri, quod tutor datus à Iudice Ecclesiastico ad personam Clerici debeat dumtaxat eundem Clericum ex vi proprij, & commissi sibi muneris regere, datus vero a Laico debeat circa vniuersum patrimonium etiam tangens ratam Clerico debitam versari; Sed non libenter annuerem huic Castrensis opinioni, quandoquidem, cum ius ad bona seu ratam patrimonij sequatur personam Clerici, eidemq; inhæreat, sicuti habet tutor ab Ecclesiastico datus regere personam clerici, ita habet bonis eiusdem assistere, & consulere, cum simul cum persona iura eidem inhærentia transferantur quoad regimen in tutorem. Adde eum *Romano conf. 188. Incip. in hac causa in princip., & per totum*, quod, eum tutor fictè repræsentet personam pupilli, ex hac causa habeat generalem administrationem bonorum eiusdem in consequentiam.

19 Reijcitur opinio Castrensis asserẽtis, quod tutor datus ab Ecclesiastico versari debeat solum circa personam Clerici, non circa bona.

Sed modo ex professo explicandum venit id, quod supra attigimus, an, si in hoc casu duplicis tutoris constituti à Iudice Ecclesiastico, & laico oriretur controuersia super patrimonio pupillorum, eadem controuersia esset agitanda coram Iudice Ecclesiastico, an vero coram laico, an vero coram vtroque ad normam, seu ratam bonorum, quæ spectant ad Clericum, & bonorum, quæ spectant ad laicos? Stephanus *Gratianus discept. for. c. 641. per totum*, acriter contendit agitandam esse coram Iudice Ecclesiastico priuatiuè quoad laicum ne continentiæ causæ diuidantur, & ne sequatur absurdum, si in vna, eademq, causa variæ sententiæ proferantur, & subdit, non habendam esse in consideratione distinctionem, an simus in inseparabilibus, & indiuiduis, an in ijs, quæ recipiunt diuisionem, pro quo allegat *Menochium de arbitrarijs cas. 371. n. 4., Farinacium q. 8. nu. 151., Cardinalem Seraphinum decis. 957.*, neque item considerandum esse, an sint bona patrimonialia, cum respectu fori nulla habenda sit distinctio r. *si diligenti, & r. significasti de foro competent.* Addit vlterius, quod in terminis proprijs tutelæ, & curæ rem agendam esse coram Iudice Ecclesiastico, quando inter pupillos, adest clericus, sic statuerint *Socinus in c. prudentiam 2. col. 23. post medium vers. ex prædictis ego infero n. 30. in fin. in 8. fallent. de matris pe. tit.* His tamen non obstantibus sentio, quod, quando res est diuidua, & patitur diuisionem, fieri debeat conuentio contra Clericum in foro Ecclesiastico, & contra laicos in foro sæculari *Ciarlinus controu. 34. n. 13., & seqq. per tot. Sanfelicius decis. 273., & in praxi sect. 23. num. 5., Carlenal. de iudicijs tom. 2. lib. 1. tit. 11. disp. 11., Pacificus Iordanus lucubrat. vol. 3. lib. 13. tit. 8. nu. 168.*, vbi testatur ita in praxi semper seruari vidisse, & putare ita de iure seruandum esse, quod idem asserit *Ridolphinus in praxi part. 3. c. 4. nu. 146., & 147.*, & benè probat *Thomas Velascus alleg. 18. per totum*, & ita seruari fatetur *Sperellus decis. 4. n. 20.*, quamuis ipse

20 Orta controuersia coram quo Iudicare erit agitãda?

21 Sententia asserens agitandã esse corã Iudice Ecclesiastico.

Rationes, & considerationes circa hanc sententiam.

22 Si res fuerit diuidua agitãda erit proportionaliter coram vtroque.

ipse iurisdictionis Ecclesiasticæ acerrimus propugnator, & defensor egregius conetur contrarium suadere. Hoc videtur deduci per textum sic communiter intellectum *in l. si communem ff. quemadmod. seruit. amit.*, & *in l. præcipimus* §. *eod. obseruand. C. de appell.*, non enim, quãdo res est diuidua, iurisdictiones sunt confundendæ *Gutirrez. pract. qq. lib. 1. q.6.*, *Squillant. de priuil. Cleric. c.7. nu.77.*, *Ursillus ad Afflict. decis.213. n.7.*, & hoc dicit esse communiter receptum *Amdreolus controu.206. in princip. Hector Capitius Latro consult.55 sub n.2.*, & *seqq.*

Rationes pro hac sententia.

Nec obstant ea, quæ in contrarium afferuntur à *Gratiano loc. cit.* Non primum, quo dicitur, quod continentiæ causæ diuiderentur, & super eadem causa variæ sententiæ orirentur, quia non potest dici diuisio continentiæ causæ, quando res est diuidua, & separabilis, & personæ sunt diuersi fori *Thomatus decis. 21. num. 8.*, *Ciarlinus controu. 34. num.13.* & *seqq. per totum*, *Cardinalis Tuschus tom. 1. lit. C. concl. 159.*, & *tom.2. concl.976.*, ex quibus corruunt ea, quæ dicuntur de non consideratione habenda, an res sint inseparabiles, & indiuiduæ, an verò diuiduæ; Non secundum, quod asseritur in terminis proprijs tutelæ, cuius causa dicitur ad solum Ecclesiasticum Iudicem pertinere, quando aliquis ex pupillis est Clericus, quia ad summum hæc verificantur, quando ab initio plures sunt dati per testamentum tutores, qui se habeant loco vnius, tunc etenim in ordine ad administrationem, & redditionem rationum omnes tenentur in solidum, & sic omnes conueniri possunt coram eodem Iudice, cum redditio rationis administrationis in hoc casu sit indiuisibilis, prout docent *Baldus in l. plures 6. n.17. in fin. col. 5. ad medium vers. item, si iste vellet reddere rationem C. de condit. insert.*, *Menochius de arbitrar. cas.209. num.31.*, *Rolandus cons. 81. num.36. lib.1.* Cæterum in casu præsenti, in quo per diuersos Iudices in ordine ad diuersas personas facta est distinctio tutorum, & vnicuique ex his demandata est propria prouincia, res ita non se habet, præcipuè cũ hic non agatur de redditione rationum administrationis, sed de defensione pupilli propriæ tutelæ commendati.

Reijciuntur rationes, & considerationes cõtrariæ.

Difficultas solummodo versatur in præsenti in stabiliendo, an causa pupillorum simul habitantium, & habentiũ patrimonium indiuisum dicenda sit propriè indiuidua, an verò diuidua? Circa quam difficultatem nonnulla attigimus in præcedentibus, vbi cum *Coauuia pract. qq. q.34.* diximus diuiduam esse. Martha *de iurisd. part.4. cas.118. num. 12.* & *seqq.* constituens rem diuiduam, vel indiuiduam, quatenus pertinet ad rem præsentem penes ordinem ad rem ipsam, quatenus diuidi, vel non diuidi possit, tres species indiuiduorum distinguit, quorum alia appellat necessaria, alia naturalia, alia accidentalia. Explicans postea singula dicit, quod indiuidua necessaria illa sint, quæ tàm origine, siue contractu, quàm statu, resolutione, & omni respectu tàm actiuè, quàm passiuè, tàm ex parte creditoris, quàm ex parte debitoris est indiuidua, hocque asserit procedere ex natura rei debitæ, & de hac ait procedere textum *in l. via ff. de seruit.*, & *in l. 2. §. ex his ff. de verb. oblig.*, & quando res ita obligatur, semper taliter obligatur, siue in consistentia, siue in resolutione. Deinde dicit, quod indiuidua naturalia illa sint, quæ ex natura, & forma ipsius rei debitæ talia sunt, vt etiam sine pacto, & sine conuentione integrè, & in solidum sint debita, hocque exemplificat in obligatione ædificandi certam domum, vel effodiendi certam fossam, nam licet ædificium, & effusio fossæ possint fieri per partes, quia tamen vtrumque respicit formam futuram, quæ haberi non potest, nisi per complementum operis, ideo indiuisibiliter obligat ad totum, & complementum. Tandem dicit, quod indiuidua accidentalia illa sunt, quæ respiciunt res, seu actiones, & obligationes, quæ ex natura sua sunt diuiduæ, & admittunt partes, sed ex primario fine, & principali intentione, qua fit obligatio, redduntur indiuiduæ; talem dicit esse obligationem, qua fundus obstringitur ad ædificandam turrim, quo casu defuncto illo, qui obligauit, & superstitibus quatuor illius hæredibus non sufficit, quod alter tradat fundum pro parte, sed omnes teneantur, quia turris non potest fieri pro parte, neque fundamentum pro parte fodi, & iuxta hoc asserit procedere textum *in l. stipulationes non diuiduntur ff. de verbor. oblig.* Retenta hac diuisione, & explicatione ex mente eiusdem Marthæ apparet causam pupillorum simul habitantium, & habentium bona indiuisa non esse indiuiduam, nam non est talis ex primo capite indiuiduorum necessariorum, quandoquidem, & in origine, & in statu, & in resolutione potest diuidi; non ex secundo indiuiduorum naturalium, cum non respiciat certam formam futuram, quæ compleri nequeat nisi per integritatem, cum certum sit, quod vnusquisque ius habeat ad quotam

23 An causa pupillorũ, simul habitantium, & habentium patrimonium indiuisum dicenda sit diuidua, an indiuidua.

24 Tria genera indiuiduorum assignantur.

25 Huiusmodi pupillorum causa nõ est indiuidua.

Assignantur rationes.

6 *Consanguinei excusata Matre seruato ordine tenentur pupillis tutores petere.*

Assertio I. Seruata proportione, & ordine inter se tutores legitimi, siue fuerint agnati, siue cognati excusata Matre, & successiue Auia, nec istis tutores petentibus intra tempora à iure præfinita, tenentur tutores petere. In hoc communiter consentiunt *Antonius Gomez, in l.14. Tauri n.18. in vers. item etiam limita, Antonius Gabriel lib. 6. commun. opin. sub tit. de tut. concl.1. num.13., Silua nuptialis Ioannis Neuizani lib.1. limit. 1.*, vbi asserunt, quod, si mater, vel proximior in gradu intra annum ipsis præfinitum ad petendum pupillis tutorem decesserint, tunc à die obitus eorundem incipiat currere annus alijs sequentibus habentibus ius ad successionem; si verò non decesserint, sed intra annum non petierint, tunc elapso illo anno alter annus incipiat currere alijs immediatè sequentibus in gradu, qui, si intra illum secundum annum non petierint, etiam priuantur successione pupillorum *Bartolus in l. Nepotibus C. qui pet. tut., & in l. 2. §. confestim ff. ad Tertul.*, ex quibus omnibus deducitur, quod proximiores in gradu siue agnationis, siue cognationis post matrem teneantur pupillis tutores petere sub pæna priuationis quoad eorum successionem.

[illegible] lura, quibus innititur assertum.

Expressè colligitur *ex l. sciant 10. C. de legit. hæred.* vbi sic legitur, *Sciant, qui ad successionem vocantur pupilli mortui, si defuncto eius Patre, tutorem ei secundum legem non petierint intra annum omnem eis siue ab intestato, siue iure substitutionis successionem eius, si impubes moritur, denegandam esse*; hæc tamen omnia intelligenda sunt iuxta superius dicta ordine successiuo, & seruata prærogatiua gradus *Glosa fin. in fin. l. 2. ff. qui pet. tut., & in l. nepotibus* Ibi *non tantum obest, si non petieris, cum eorum mater præcesserit C. qui pet. tut.*

Sed ex eo, quod dicatur *in d. l. sciant, si impubes moritur*, oritur hic difficultas,

7 *Si pupilli acquisita pubertate decesserint, consanguinei, qui non petierunt tutorem non priuantur successione.*

an, si filij decesserint iam acquisita pubertate, adhuc consanguinei, qui tenebantur tutores petere, si non petierint, amittant ius ad successionem? Absolutè asserendum videtur, quod non amittant non solum, quia illa particula, *si impubes moritur*, est restrictiua quoad casum pupilli deficientis in impubertate, sed etiã, quia est textus manifestus hoc comprobans *in l. matres C. ad Tertul.* vbi dicitur *Matres, quæ puberes amiserunt filios, licet impuberibus eis tutores non petierint, præscriptione non petiti tutoris ad excludendam eorum successionem minimè debere, præscribi certum est*; hocque notant communiter scribentes *in d. l. sciant, Silua nuptialis lib. 2. n. 57. in septima limit., Marantus in repet. l. is potest num. 239. ff. de acq. hæred.*, & licet hic textus *in l. matres C. ad Tertul*, videatur loqui dumtaxat in ordine ad matrem, quæ non petijt tutorem tempore à iure præfinito, quando filius decessit acquisita pubertate; ex paritate tamen rationis extendendus est etiam ad alios consanguineos in gradu proximiores, qui tutorem non petierint, & filij post acquisitam pubertatem deficerent.

8 *Stante statuto protrahente tempus tutelæ ad 18. annũ consanguinei, qui non petierunt tutorem, priuarentur successione, si filij decesserint ante 18. annum, licet post 14.*

Hic tamen aduertendum est, quod, si adesset statutum, quod protraheret tempus tutelæ vsque ad decimum octauum annum, & filius decederet post decimum quartum suæ ætatis annum, infra tamen decimum octauum, tunc consanguinei, qui tutorem non petierint, amittant ius ad eius successionem per ea, quæ notant *Petrus Ancharanus in c. canonum statuta vers. quæro etiam, si statuto de Constit., Ioannes Crassus in l. omnes populi ff. de iust. & iur., Brunus in tract. quod stantib. masculis q.3.* quidquid ex aduerso dixerint *Baldus in l. matres in fin. C. ad Tertul.* De hoc latè egimus in præcedentibus *prænot. 13. sub assert. 2. vers. quinto contingit dubitari*, vbi etiam rationem assignauimus, propter quam consanguinei ab hac pæna eximantur, quando filius pubes decessit.

9 *Regulariter in casibus, in quibus excusatur Mater à pæna priuationis successionis, excusantur, & consanguinei.*

Assertio II. Licet regulariter in casibus, in quibus mater excusatur a pæna priuationis successionis ob non petitum tutorem intra terminum à iure præfinitum, excusentur etiam consanguinei, qui excusata Matre tenentur petere; in plerisque tamen casibus, in quibus illa excusatur, isti non excusantur. Singulos expono.

10 *Excipiũt aliqui casum minoritatis, in quo mater excusatur, non consãguinei.*

Primus casus est, quem refert *Salicetus in l. sciant in princip. num. 1. vers. sed quid, si masculo minore C. de legit. hæred.*, quod scilicet, licet mater ratione minoritatis ætatis non peruenientis ad annum vigesimum quintum eximatur à pęna priuationis huiusmodi; si intra præfinitum tempus tutorem filijs impuberibus non petierit per textum *in l. 2. C. si aduers. delict.*, & hoc etiam communiter DD. statuunt *Ludouicus Romanus cons. 279. visis thematis narratione &c., Phylippus Corneus cons. 40. col. 2. vol. 3., & cons. 204. pro decisione lib. 4., Marantus in repet. l. is potest nu. 237. in quarta limitatione ff. de acqu. hæred.*; non tamen eximatur ab eadem pæna consanguineus masculus, quantumuis fuerit minor, si ijs, quibus debebat, non petierit tutorem, & hoc ea ratione, quia textus *in l. fin. C. si aduers. delict.*, dicit hoc esse speciale in matre, quia fæmina. Sed

hunc

hunc casum discriminis inter matrem minorem, & consanguineum minorem non libenter admitterem propter ea, quæ latè tradidi in præcedentibus *sub hoc eodem titulo de tut.& curat. prænot.13. sub assert. 3. sub causa quinta vers. secundo contingit dubitari*, vbi relatis diuersis opinionibus annuimus opinioni asserenti, & consanguineum minorem excusari, & ibi hanc opinionem varijs rationibus,& iuribus confirmauimus,& à contrarijs vindicauimus signantèr respondentes ad textum *in d.l.fin. C. si aduersus delictum*. Recole, quæ ibi dicta sunt; non enim vacat ea repetere.

11 Refutatur tamen hæc exceptio.

Secundus casus est, quando alij à matre non obtinent primum gradum, quia certè hi excusantur ab hac pæna, prout notat *Glosa vnic. in l. nepotibus C. qui pet. tut., & ibi Salicetus num.3.& 4., Baldus in l.matres C. ad Tertul. nu.1., & in l. sciant C.de legit.hared., Phylippus Decius in c. ex parte de appel.n.37., Bartolus conf.18. viso testamento num. 3. lib.1.*, & ratio est manifesta, quia existentibus proximioribus in gradu non aperitur via remotioribus ex supra commendatis. Verum tamen est, quod, si proximiores in gradu decederent, tenerentur immediatè succedentes petere, quod, si negligerent, vtique deciderent à iure successionis *Bartolus, & Salicetus in d. l. sciant num. 4. C. de legit.hared.* Verum in hoc casu non est exceptio à communi regula, sed negatio oneris in remotioribus existentibus anterioribus in gradu ad petendum.

12 Consanguineus non subijcitur pænæ priuationis, quando non est proximior in gradu.

Tertius casus est ex capite ignorātiæ, quæ non ita facilè, si fuerit ignorantia iuris, excusat masculos, sicuti excusat fæminam Matrem, tum quia, non ita facile in illis præsumitur, sicuti in ista; tum quia facilius masculi possunt peritiores consulere.

13 Ob ignorantiam, non ita facile excusantur consanguinei, sicut mater.

PRÆNOTIO XVI.

De legitima Patronorum tutela.

SVMMARIVM.

Explicatur in ordine, ad quos procedat hæc patronorum tutela. 1.

Explicatur, quo iure tutela patronorum dicatur legitima. 2.

Attento iure regni Castellæ, & Lusitaniæ Mater, Auia, auus paternus, & maternus, si fuerint liberi, præferuntur quoad tutelam libertorum patronis. 3.

De iure tamen communi patroni præferuntur parentibus. 4.

Rationes suadentes patronos in tutela libertorum teneri satisdare. 5.

Rationes suadentes non teneri. 6.

Patronus, si fuerit honestæ integritatis, & diues non videtur compellendus ad satisdandum. 7.

Secus, si fuerit persona vulgaris, & minus honesta. 8.

Regulariter in omnibus casibus, in quibus patronus seruos impuberes manumittit, est eorum legitimus tutor. 9.

Fallit tamen in aliquibus casibus, & quibus. 10.

NON procedit titulus de tutela patronorum in ordine ad seruos, qua formalitèr tales, cum in ordine ad illos Domini non sint propriè tutores, quatenus serui sunt propriè sub potestate Dominorum, sicuti Pātres non sunt propriè tutores in ordine ad filios, quos habent sub patria potestate; procedit igitur solummodo de tutela eorundem Dominorum in ordine ad seruos manumissos, de qua tutela extat titulus *Instit. de legit. patron. tut.* Hæc patronorum tutela in ordine ad libertos eo modo se habet, quo tutela Patris in ordine ad filios impuberes, quos emancipauit.

1 Procedit in ordine ad seruos manumissos.

De hac tutela multa contingunt in præsenti examinari, & primo, qua ratione hęc tutela dici possit legitima, cum per nullam legem expresse inducatur? Secundo, an hæc tutela in patrono locum habeat existente Matre, seu Auia serui manumissi, seu liberti? Tertio, an patronus in susceptione tutelæ respectu manumissi teneatur satisdare, sicuti in multorum sententia satisdare tenentur cæteri tutores legitimi. Quarto, an in omnibus casibus, quibus patroni seruos impuberes manumittunt, intelligantur eorum legitimi tutores, an verò in aliquibus casibus excipiantur a tali regula, & quibus?

Articuli examinandi circa hūc titulum.

In ordine ad primum hoc aduertendum est, quod ex lege 12. tabul. statutum est, quod, si liberti, vel libertæ intestati, seu intestatæ decessetint, eorum, seu earum hæreditates pertineant ad patronos, & eorum liberos eo modo, quo disponit, quod, si agnati ab intestato decesserint, eorum bona, seu hæreditates ad agnatos proximiores deueniant; Quia tamen eadem lex duodecim tabularum disponit, quod, sicuti agnati proximiores ad hæreditatem mortuorum ab intestato vocantur, ita vocentur ad agnatorum impuberum tutelam, addita ratione, quia vbi est successionis emolumentum, ibi & onus tutelæ esse debet; ex hoc communiter inferunt DD., quod etiam, sicuti Patroni, & eorum liberi vocantur ad libertorum decedentium

2 Explicatur, quo iure tutela patronorum dicatur legitima.

rum ab intestato hæreditatem, ita etiã vocentur ad eorundem tutelam, non quia lex duodecim tabularum hoc expresſè diſponat quoad tutelam in ordine ad patronos quoad liberos, ſicuti diſponit de tutela agnatorum in ordine ad agnatos impuberes, ſed quia militante eadem ratione ſucceſſionis, hoc per communem interpretationem receptum eſt, perindè, ac ſi eſſet expreſsè diſpoſitum. In hunc ſenſum quoad hanc patronorum tutelam recipit legem duodecim tabularum textus *in princip. Inſtit. de legit. patr. tut., Gutierez de tut. & cur. c. 13. num. 2., & alij communiter in hac materia ſcribentes*. Ex quibus omnibus deducere poteris, hanc patronorum tutelam in ordine ad libertos dici legitimam ſic legem interpretante communi DD. conſenſu conformiter ad mentem legiſlatorum.

3 Attento iure Caſtellæ, & Luſitaniç parentes in tutela libertorum præferuntur patronis.

In ordine ad ſecundum *Gutierez de tut. & curat. d. c. 13. num. 3., Molina de iuſt. & iur. tract. 2. diſp. 220. verſ. patronus* loquentes in terminis iurium municipalium Regni Caſtellæ, & conſuetudinis Luſitaniæ aſſerunt, quod in concurſu Patroni, Matris, Auiæ, Aui paterni, & materni, ſi iſti fuerint liberi ſeruato ordine, de quo in præcedentibus, iſti præferantur patrono. Sed quidquid ſit de huiuſmodi iuribus municipalibus, & conſuetudine locorum attento iure communi non video, qua ratione ſint præferendi patronis; ſicuti enim perſeuerante ſeruitute non ſunt ſub poteſtate Matris, Auiæ, Aui, ſiue paterni, ſiue materni, ſed ſub libera diſpoſitione dominorum, ita facta manumiſſione remanent ſub tutela eorundem Dominorum; licet enim per manumiſſionem liberentur quodamodo ab onere ſeruitutis, non tamen eximuntur à iure, quod habent patroni ſuccedendi eiſdem libertis decedentibus ab inteſtato per ea, quæ habentur *in l. fin. C. de bon. libert.*, & ex hoc iure, quod habent patroni ſuccedendi, oritur in eiſdem onus tutelæ, & hoc ius ſucceſſionis, & onus tutelæ ita eſt radicatum in patronis etiam poſt manumiſſionem, ſicuti iura ſeruitutis perſeuerante eadem ſeruitute, & ſicuti hac permanente excluduntur mater, & cæteri à poteſtate ſerui, ita facta manumiſſione excluduntur per Patronum ab onere, ſeu iure tutelæ.

4 De iure tamen communi patroni præferuntur parentibus.

In ordine ad tertium ratio dubitandi ex vna parte ex eo prouenit, quod tutela patronorum per ſuperius dicta computatur vt legitima; legitimi autem tutores ſatiſdare tenentur per textum *in l. legitimos ff. de legit. tut., Baldus in l. 1. C. rem pupil. ſal. for., Bartolus in l. multo §. ſub conditione num. 3. col. fin. ff. de tut., Antonius Piaggius de tut. & cur. q. 7. num. 23.*; Ex alia parte cum tutela patronorum comparetur ad tutelam Patris facta emancipatione quoad filios impuberes, ſicuti Pater non videtur compellendus ad ſatiſdandum pro filijs impuberibus, ita nec Patronus quoad libertos, cum patroni eiſdem iuribus gaudeant quoad libertos, quibus parentes quoad filios *l. fin. C. qui & aduerſus quos l. ſi quis à liberis §. ſilent ff. de lib. agnoſ.* Quid iam in hac controuerſia concludendum? Crederem hanc rationem dubitandi ſub diſtinctione dirimendam eſſe; vel etenim perſona patroni eſt honeſta, notæ integritatis, diues, & ſuſpicionis expers, vel eſt vulgaris, & minus honeſta; rurſus vel ſubſtantia liberti eſt modica, vel conſiderabilis, & egregiæ quantitatis; Si perſona patroni fuerit primi genitis, & ſubſtantia liberti modica, indubitati iuris videtur, quod patronus non ſit compellendus ad ſatiſdandum, quod idem intellige, ſi patronus fuerit honeſtus, & expers ſuſpicionis, & ſubſtantia liberti fuerit conſiderabilis; ſi verò patronus fuerit vulgaris, & minus honeſtus, tunc congruentius compellendus videtur ad ſatiſdationem. In vniuerſum inclinant *Vulpianus in l. legitimos in princip. ff. de legit. tut. Gloſa in princip. Inſtit. in verb. legitima de legit. patron. tut. & in §. item ex inquiſitione verſ. idonei Inſtit. de ſatiſd. tut., Salicet. in l. 3. C. de tut. & cur. qui ſatiſ. non ded.* Ratio horum omnium ea eſt, quia, quando perſona patroni eſt honeſta, & immunis a quacunque ſuſpicione ceſſat quæcunque ratio dubitandi, ne liberti patrimonium inaniter conſumet, quando verò eſt perſona vulgaris, & indigens poteſt eſſe ratio ſuſpicandi, ne ſubſtantiam liberti diſſipet, vel ad conſulendum propriæ indigentiæ, vel ad alios effectus. Quid verò ſentiendum ſit de Patre tutore filij impuberis emancipati, an ſcilicet ſatiſdare cogantur? Adhibita eadem diſtinctione procedunt *Gregorius Lopez in l. 9. gloſ. magna verb. Fiadores in verſ. limita tamen, Salicetus in d. l. 3. C. de tut. & curat. qui ſatiſd. non ded., Baec. de decim. tut. c. 2. num. 78.* Sed in rigore non crederem, ita ſtrictè procedendum in Patre, niſi notæ eſſet expreſſæ ſuſpicionis; cum non ſit præſumendum de mala adminiſtratione in Patre, cuius amor erga filios talis eſt, quo maior dari non poſſit, quiq; tollat omnem ſuſpicionis rationem.

Ra[illegible] ſuadentes patronos in tutela libertorum teneri ſatiſdare.

6 Rationes ſuadentes non teneri.

7 Patronus, ſi fuerit perſona honeſta, & diues non tenetur ſatiſdare.

8 Secus, ſi fuerit perſona vulgaris, & inops.

In ordine ad quartum dicendum eſt in plerisque caſibus patronum manumit-

mittentem seruum impuberem,eiusdem
9 legitimam tutelam non consequi. Hoc
clarè euincitur ex textu *in princip. Instit.*
de legit. patron. tut. vbi dicitur *Quia ple-*
rumque, vbi successionis est emolumentum,
ibi & tutelæ onus esse debet; illa autem
particula *plerumque*, licet de sui natura
denotet, & designet regulam per textũ
in l. plerumque eum ibi notatis ff. de iure do-
tium indicat tamen in aliquibus casibus
aduersus talem regulam dari exceptio-
nem. Quinam autem sint casus, in qui-
bus fiat exceptio? Casus specialiter ex-
ponitur in d. textu *in princip. Instit. de le-*
git. patron. tut., quando scilicet a fæmina
impubes manumittitur; tunc etenim
ipsa fæmina manumittens vocatur ad
successionem serui manumissi, non ta-
men ipsa potest esse tutrix, ea fortè ra-
tione, quia excepta Matre, & Auia fæ-
minæ non admittuntur ad tutelam. Al-
ter casus habetur penes *Glosam ibid. in*
verb. Tutor Instit. de legit. patron. tut., &
tunc est, quando manumittens est mi-
10 nor annis 25., quia ipse vocatur quidem
ad hæreditatem manumissi, si decedat
ab intestato, non tamen admittitur ad
tutelam per textum *in l. vlt. §. fin. C. de*
legit. tut.

Regulariter in omnibus casibus, in quibus patronus seruos impuberes manumittit, est eorũ legitimus tutor.

Fallit tamen in aliquibus casibus, & quibus

PRÆNOTIO XVII.

Quinam Iudex dare possit tutorem pupillis.

SVMMARIVM.

Iudex ad dandum tutorem debet habere iurisdictionem in pupillum, cui dandus est, & in eum, qui dari debet, & quamnam. 1.

Triplex Iudex assignatur. 2.

Sententia Montani volentis tàm Iudicem originis, quàm habitationis, & bonorum posse tutorem constituere. 3.

Iudex originis, qui simul non sit habitationis, probabilius non potest tutorem dare. 4.

Regulariter loquendo Tutor datus à Iudice habitationis extenditur ad omnia bona etiam alibi sita. 5.

Stante contradicente contra tutorem datum à Iudice habitationis quoad bona alibi sita quid sentiendum sit. 6.

Refertur opinio Montani. 7.

Probabilius quoad eadem bona dandus erit curator per Iudicem bonorum. 8.

Neque per Iudicem originis potest constitui tutor subditus Iudici habitationis. 9.

Iudex bonorum simpliciter non potest constituere tutorem, sed solum curatorem. 10.

Tutor propriè, & in rigore constituendus est per Iudicem habitationis. 11.

Si pupillus sit Clericus, probabilius est tutor per Iudicem Ecclesiasticum dandus. 12.

Reijciuntur Aufrerius, & Carolus Molinaus tanquam hostes Ecclesiastica immunitatis. 13.

Extantibus ex eodem Patre pluribus pupillis quorum alij sint laici, alij Ecclesiastici sententia asserens pro omnibus tutorem posse constitui à Iudice laico. 14.

Sententia asserens dandum esse à Iudice Ecclesiastico quoad omnes. 15.

Sententia asserens vnum tutorem pro laicis dandum esse à Iudice laico, alterum pro Clericis ab Ecclesiastico. 16.

Nisi fortè vterque Iudex concurrat ad vnũ, & eundem constituendum, qui vtraque auctoritate respectiuè regat. Ibid.

Reijciuntur rationes pro prima sententia adducta. 17.

Reijciuntur rationes pro secunda sententia adducta. 18.

Reijcitur opinio Castrensis asserentis, quod tutor datus à Iudice Ecclesiastico gerere solum debeat circa personam Clerici, non circa bona eiusdem. 19.

Dato duplici tutore altero ab Ecclesiastico pro Clerico, altero à laico pro laicis, & orta controuersia super bonis curam, quo Iudice controuersia erit agitanda. 20.

Sententia asserens agitandam esse coram Iudice Ecclesiastico. 21.

Si res fuerit diuidua erit respectiuè coram vtroque agitanda. 22.

An causa pupillorum simul habitantium, & habentium bona indiuisa dicenda sit indiuidua, an diuidua. 23.

Tria genera indiuisionum assignantur. 24.

Huiusmodi pupillorum causa non est indiuidua. 25.

Per Iudicem laicum nequit dari Clerico tutor etiam Ecclesiasticus. 26.

Sententia asserens Iudicem Ecclesiasticum non posse dare clerico tutorem laicum. 27.

Probabilius potest dare. 28.

Dato duplici tutore, altero per Iudicem Ecclesiasticum, altero per laicum inuentarium secundum aliquos conficiendum est auctoritate Iudicis laici. 29.

Congruentius tamen conficiendum est auctoritate vtriusque. 30.

IAm incipimus examinare ea, quæ
pertinent ad tertium genus tutelæ
nempe datiuam, quæ in eo deserta primo
genere testamentariæ, & a secundo legi-
timæ, quod testamentaria constituitur
per testatorem in testamento, legitima 1
a lege, hæc verò a Iudice, de quo Iudice
modo controuertitur, quinam esse de-
beat, qui possit pupillis tutorem consti-
tuere? Hoc certum est, quod tutor, qui
dari debet à Iudice debet esse de iuris-
dictione pupilli, aut Iudicis dantis per
textum

Iudex debet habere iurisdictionem, & quamnam.

textum *in l. neque C. qui dar. tut. & curat.*, *Arct. Instit. de Attil. tut.*, *Franciscus Marc. decis. 251. in prima part.*, *Alexander cons. 161. super primo num. 7. vol. 5.*, ex quibus deducitur, quod Iudex tutorem constituens debeat habere aliquam iurisdictionem in pupillum, & in eum, quem præficit tutelæ eiusdem. Intellige, nisi daretur alienus, qui consentiret, tunc etenim iurisdictio prorogaretur *Alexander cons. 161. num. 7. lib. 5.*, *Andreas Barbatius cons. 61. num. 5 lib. 3.*

Hæc autem iurisdictio, vel potest esse, quia sit Iudex domicilij originis eius, qui præficitur, vel eius, cui præficitur, vel quia sit Iudex domicilij habitationis, vel vtriusque, vel saltem eiusdem pupilli, vel quia sit Iudex bonorum, quatenus bona eiusdem pupilli sita sint in territorio subdito eidem Iudici, quãuis ipse pupillus ibi non habeat nec domicilium habitationis, nec originis. Rursus hæc iurisdictio potest esse ratione personæ, vel status eiusdem, quatenus pupillus, cui dari debet tutor, sit clericus, vel laicus, adeout ratione eiusdem status sit competens Iudex vel solus Ecclesiasticus, vel laicus. Tandem hæc iurisdictio considerari potest in ordine ad munera, quæ præstari debent, puta ad confectionem inuentarij bonorum clerici, an scilicet debeat esse laicalis, vel Ecclesiastica, & alia huiusmodi.

2 Triplex Iudex assignatur.

Montanus *de tut. & curat. c. 20. ferè per tot.* videtur sentire, sufficere ad dandum huiusmodi tutorem iurisdictionem vel originis, vel habitationis, vel etiam bonorum, quod indicat *loc. cit. num. 2.*, & magis confirmat *num. 6.*, dum dicit, quod, si oriatur dubium de prioritate dationis, vel per Iudicem originis, vel per Iudicem domicilij prçualeat Iudex originis adducta auctoritate *Angels in §. sed hoc iure num. 2. Instit. de Attilian. tut.*, dum enim dicit, quod in dubio prioritatis prælatio datur Iudici originis, vtique supponit, quod, si Iudex domicilij primo tutorem constituerit, vtique validè constituerit, hicque sit præferendus. Concedit tamen, quod communiter Iudex habitationis pupilli constituat pro eodem tutorem, cuius tutoris auctoritas extendatur ad omnia pupilli bona etiam alibi sita, quod etiam docuit *Rebuffus tit. de sent. prouis. art. 3. glos. 2. num. 12.*, *Alexander cons. 44. nu. 17. lib. 5. per textum in l. 1. in fin. ff. de tut. & curat. dat. ab his, & in l. propter litem §. licet ff. de excusat. tut.* Nos singula, quæ hic insinuata sunt, sedulo perscrutabimus in ordine ad quemcunque Iudicem siue originis, siue habitationis, siue bonorum, siue laicum, siue Ecclesiasticum relatiuè ad personas, & status pupillorum, & ad personas, quæ dari debent in tutores.

3 Sententia Montani volentis tàm Iudicem originis, quàm habitationis, & bonorum posse tutorem pupillis constituere.

Assertio I. Iudex originis, qui simul non sit habitationis pupillorum, probabilius non est competens ad dandum eisdem pupillis tutorem, quantumuis bona ipsorum sita essent in territorio eiusdem Iudicis originis. Consentiunt *Practica Papiensis for. redd. rat. tut. glos. eidem Iacobo, Rota Romana in vna Romana tut. 15. Martij 1641. coram Verospi in part. 9. recent. decis. 12. num. 23. & seqq.*, *Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. verb. Iud. x num. 36.* contra *Montanum de tut. & curat. c. 7. nu. 56.*, *& c. 20. num. 2. & 3.*, vbi asserit disiunctiuè, quod, si pupillus vel in loco originis, vel in loco habitationis habeat facultates, vel aliquam earum partem, possit siue Iudex originis, siue habitationis eidem tutorem constituere, quod probat per textũ *in l. vnica C. vbi pet. tutor.*, *& l. pupillo ff. de tut. & curat.* Rursus idem *Montanus in d. c. 7. num. 56.* asserit, quod, si bona pupilli alibi sita sint, possit Iudex loci, in quo sita sunt, dare tutorem, quamuis pupillus sit oriundus ex alio loco, quod probat per eundem textum *in l. vnica C. vbi pet. tutorem.*

4 Iudex originis, qui simul nõ sit habitationis, probabilius non potest tutorem constituere.

Ratio in vniuersum ex eo deduci potest, quod DD. pro communiter recepto axiomate constituant tutorem dari principalitèr personæ, & secundario in consequentiam, seu per consequentias rebus, seu patrimonio pupilli; ea siquidem ratio dationis tutoris est, vt personę pupilli prouideatur, & quia eius bona, seu facultates personam veluti digniorem sequuntur, per consequentiam fit, vt etiam facultatibus censeatur datus, si non æquè primo, saltem minus principalitèr *Glosa in §. 1. verb. data Instit. de tut. & in §. ad certum verb. persona Instit. Qui testam. tut.*, *Marianus Socinus cons. 97. num. 6.*, *& cons. 148. num. 2. lib. 1.*, *Alexander cons. 44. num. 17. lib. 5.* Propter hanc rationem communius statuunt DD., quod ventri prægnanti non possit tutor constitui, sed dumtaxat, & ad summum curator, quia in statu ventris prægnantis tutor non potest esse in ordine ad personam, ergo, cum persona pupilli, vtpotè extra territorium Iudicis originis non sit illi subdita, non poterit per istum eidem tutor constitui, quia prima ratio est personæ, prout considerauit *Rota Romana in illa Romana tutelæ 15. Martij 1641. coram Veruspio.*

Rationes pro hoc asserto afferuntur.

Neque obesse potest, si asseratur primo, quod per Iudicem originis possit

con-

Soluuntur obiecta contraria.

constitui tutor quoad bona in proprio territorio existentia, & per Iudicem habitationis possit constitui tutor quoad personam, qui tutores, cum non possint dari separatim, vt vnus sit pro rebus, alter pro persona, vterque sit tutor, & super patrimonio pupilli, & super tutela personæ per textum *in l. vt vim ff. de iust. & iur.* Non, inquam, obesse potest, quia, quando tutela non est super personam non est propriè tutela, cum deficiat munus principale, ad quod est instituta, nec potest dici, quod destinatio super rebus trahat secum destinationem super personam, quia id, quod minus principale est non trahit ad se id, quod magis principale est, benè tamen è contra, vnde dici potest, quod destinatus ad personam intelligatur per consequentias destinatus ad res, non è contra.

5 Regulariter loquendo tutor datus à Iudice habitationis extenditur ad omnia bona etiã alibi sita.

Sed hic oritur difficultas, an saltem Iudex originis possit constituere curatorem super rebus in proprio territorio existentibus, qui valeat administrare independenter à tutore constituto per Iudicem habitationis super persona pupilli? Communiter statuunt, quod tutor simpliciter datus à Iudice censeatur datus omnibus bonis vbicunque sitis *§. datus Instit. de excus. tut.*, *Alexander cons. 128. num. 3. & 4. lib. 1. per textum in l. propter litem §. licet ff. de excus. tut.*, *& in l. magis puto §. illud ff. de rebus eorum*, quæ adeo vera sunt, vt licet *Glosa in l. non solum vers. & qui in testamento dato ff. de excus. tut.* asserat, quod, si à Iudice datus fuerit tutor in ordine ad res, si res sint in aliena prouincia, ipso iure nulla sit datio, communiter tamen DD. reprobantes hanc glosam docent, quod valida sit huiusmodi datio, & tutela extendatur ad quæcunque bona, quantumuis existentia extra territorium Iudicis talem tutorem constituentis; ex quibus concludendum videtur, quod independentèr ab eodem nequeat constitui curator pro bonis existentibus extra territorium Iudicis, qui tutorem dedit, cum hic intelligatur datus ad omnia bona, vbique existentia.

6 Existente contradictore aduersus tutorem à Iudice habitationis datum quoad bona alibi sita quid sentiendum sit.

Sed quid dicendum erit, si tutor electus a Iudice habitationis habeat contradictorem quoad exercitium tutelæ, seu administrationem in loco, vbi pupilli bona sita sunt, an tunc quoad talia bona poterit a Iudice eiusdem loci dari curator? Montanus *de tut. & curat. c. 4. nu. 24. vers. similiter* supponit, quod de alio tutore prouidere debeat Iudex loci, in quo sita sunt bona, quod tamen intelligit, si tutor datus quoad personam pupilli a Iudice habitationis se excuset. Rursus *idem Montanus c. 7. num. 8. & 9.* dicit, quod non solum tutor testamentarius, sed etiam datiuus simplicitèr datus à Iudice se extendat ad omnia bona etiam alibi sita, nisi tamen de alio tutore sit prouisum quoad bona extra territorium sita; ex quibus videtur deduci ex ipsius mente alium tutorem quoad

7 Refertur opinio Mõtani.

talia bona posse constitui. Rursus *idem Montanus c. 32. in prima regal. num. 5.* asserit, quod, si tutor datus simplicitèr à Iudice habitationis pupilli habuerit contradictorem quoad bona extra territorium existentia, non possit eadem administrare, sed scribendum sit ad Iudicem loci bonorum, vt eum immittat in possessionem bonorum pupilli ibidem existentium, & eodem tutore apparente citandos esse omnes, qui possunt esse tutores; ex quibus videtur deduci tutorem à Iudice habitationis datum independentèr a Iudice loci, in quo sita sunt bona, non posse se ingerere in administratione eorundem bonorum. Hæc ex mente eiusdem Montani.

8 Probabilius per Iudicem bonorum dandus erit curator quoad eadem bona.

Quid iam secundum veritatem concludendum? Generaliter crederem posse per Iudicem loci, in quo sita sunt bona, extante contradictore in ordine ad tutorem constitutum per Iudicem loci habitationis constitui curatorem in ordine ad eadem bona. Ratio est, quia quotiescunque tutor legitimè datus est impeditus, absens, potest alius substitui, prout docet idem *Montanus de tut. c. 24. per totum*, *Rota Romana part. 2. diuers. decis. 89. num. 6.*, *Paulus Christinus decis. 150. per totam vol. 3.*, *Rota Roman. part. 13. recent. decis. 108. num. 3. & part. 15. decis. 107.*, sed extante contradictore quoad tutorem datum in loco, in quo sunt bona, in ordine ad administrationem eorundem intelligitur impeditus, & est absens, ergo saltem in ordine ad eadem poterit curator constitui, & quidem per Iudicem talis loci, ne etiam alius, si fuerit datus à Iudice habitationis pupilli, per similem contradictionem impediatur, & interim bona pupilli ibi existentia periclitentur.

9 Probabilius neq; per Iudicem originis potest constitui tutor, qui sit subditus Iudici habitationis.

Neque obesse potest secundo, si asseratur, quod per Iudicem loci originis possit constitui tutor, qui sit subditus Iudici habitationis, qui propterea possit exercere munus tutelæ, & in ordine ad personam pupilli, & in ordine ad bona sita in loco originis. Non, inquam, obesse potest, quia, cum persona destinata in loco habitationis non sit subdita Iudici originis non potest per ipsum legitimè constitui per textum *in l. neque C. qui dar. tut. & curat.*, *Arer. Instit. de Attil. tut.*, *Montan. de tut. & curat. c. 23. num. 33.*

Neque obesse possunt tertio iura, quę

fuerunt per Montanum adducta sub assertione ex *l. vnica C. vbi pet. tut. & in l. pupillo ff. de tut. & curat.* Non, inquam, obesse possunt, quia, ne teneamur dicere, quod hæc iura aduersentur iuribus supra allegatis pro assertione nostra *in §. datus Instit. de excus. tut.*, alijsque, debemus asserere, quod hæc iura secundum congruam interpretationem intelligenda sint, vel de datione curatorum in ordine ad bona, si ibi sint, existente contradictore in ordine ad tutorem datum à Iudice habitationis, quod non videtur dissonum textui, cuius titulus est, *vbi petantur tutores, & curatores*, vel de Iudice originis, vbi pupillus suam habeat habitationem paternam, licet ipse absens sit causa educationis.

Soluuntur iura, & rationes Montani.

Assertio II. Iudex loci, in quo sita sunt bona pupilli, nec ibi habeat domicilium originis, nec habitationis, non potest propriè dare tutorem, benè tamen curatorem. In hanc consentiunt omnes præallegati pro præcedenti assertione; & ratio primæ partis, quod scilicet propriè non possit constituere tutorem, deducitur ex omnibus rationibus adductis in corroborationem eiusdem primæ assertionis; datio etenim tutoris est principalitèr in ordine ad administrationē personę pupillaris, quæ præstari nequit per destinatum ad custodiam bonorū in loco, in quo sita sunt; Ratio verò secundæ partis ex eo deducitur, quia ex vna parte non repugnat, constitui curatorem bonorum, quamuis nullam possit exercere potestatem in personam pupilli; ex alia parte, cum bona ibi egeant cura, & administratione, vbi existunt, non videtur esse aliqua difficultas, quod ibi possit constitui curator, si extet contradictor in ordine ad tutorem constitutum per Iudicem habitationis.

10 Iudex bonorum simpliciter non potest constituere tutorem, sed solū curatorē.

Rationes pro vtraque parte asserti.

Vlterius eadem secunda pars euincitur *ex gloss. in l. vnica C. vbi pet. tut.*, vbi asserit, quod vbi bona pupilli essent dispersa in varijs locis, possint in omnibus locis constitui tutores, quos quidem intelligit per Iudices eorundem locorū, hocque confirmat ex textu *in l. pupillo ff. de tut. & cur. dat. ab his*, ex quo textu manifestius deducitur nostra assertio, ibi enim dicitur, quod, si pupillus habeat bona in loco, in quo habet habitationē, & simul in alio loco, in quo non habeat, Iudex loci habitationis det vnum tutorem, & Iudex in loco, in quo non habitat, alium constituat pro rebus ibi existentibus, qui certè licet exprimatur communi nomine tutoris, propriè tamen non est, nisi curator, cum non detur personæ, sed rebus, ergo potest constitui curator pro rebus existentibus in alio loco ab eo, in quo habitat pupillus, & vtique per Iudicem talis loci.

Assertio III. Tutor propriè, & in rigore constituendus est per Iudicem domicilij habitationis pupilli, siue ibi extent bona eiusdem, siue non extent. Deducitur ex ijs, quæ hactenus dicta sunt, præcipuè in prima assertione; tutor enim datur principalitèr pro persona pupilli, quæ vtpotè principalior trahit ad se etiam bona, quantumuis alibi existentia, & hoc prouenit ex ipso iure tutelæ legitimè collatæ, quæ extenditur, & ad personam, & ad omnia eius bona, quod, si deinde eiusdem administratio impugnetur à Iudice loci, in quo sita sunt bona, tunc solum talis administratio suspenditur, & ibi, ne bona pupilli in deterius abeant, constituitur curator. Ad hoc conferunt omnia iura supra allegata asserentia, quod tutela legitimè collata extendatur ad omnia bona vbicunque existentia *l. magis puto §. illud ff. de reb. eor.*, *Angelus Aret. Instit. de legit. agnat. tut. n. 3. vers. quæro si tale*.

11 Tutor propriè, & in rigore constituendus est per Iudicem habitationis.

Assertio IV. Si pupillus sit Clericus, probabilius tutor est per Iudicem Ecclesiasticum constituendus *Marianus Socinus in l. si quis clericus num. 23. in fin. ff. de for. compet.*, *Franciscus Ripa in c. 2. num. 10. de iudicijs*, *Ruinus consil. 89. num. 1. lib. 5.*, *Ioannes Faber Instit. de Attil. tut. num. 4. in fin.*, *Montanus de tut. c. 4. num. 25. & 28.*, *Sperellus decis. 1. n. 4.* Ex Thologis *Diana resol. mor. part. 1. tract. 2. resol. 95.*, *Bellotus in disq. Cler. part. 1. tit. de fauore Cleric. personali §. 6. nu. 15.*, *Anguianus de legib. part. 1. lib. 2. controu. 23. num. 69.*, & alij satis communiter aduersus *Aufrerium in clem. 1. de offic. ord. reg. 4. fallen. 25.*, *Carolum Molinæum ad Decium consil. 150. num. 8.*, qui ea ratione mouentur, quia datio tutoris respicit patrimonium Clerici; Iudex autem laicus se intromittit iustè in bona patrimonialia Clericorum.

12 Si pupillus est clericus est dandus tutor per Iudicem Ecclesiasticum.

Ratio ex eo deducitur, quod supra dicebamus, scilicet, quod detur tutor principaliter personæ, & non nisi per consequentias rebus, sed persona Clerici non est subdita Iudici laico, ergo per hunc non potest pupillo Clerico tutor constitui; Neque obstant, quæ ex Aufrerio, & Carolo Molinæo afferuntur, quod scilicet datio tutoris respiciat patrimonium Clerici, quod subditur Iudici laico; Non obstant, inquam, quia tutela primario respicit personam, & non nisi secundario res *ex Glossa in §. 1. verb. data Instit. de tut. & in §. ad certum verb. persona Instit. Qui testam. tut.*, quæ persona, cum exìmatur ratione status à

13 Reijciuntur Aufrerius, & Carolus Molinæus rationes quam hoc lites immunitatis Ecclesiasticæ.

pn-

potestate laica, eximitur etiam quoad tutelam; vnde meritò monet *Diana d. part.1 tract.2. resol.95.* Aufrerium cautè legendum esse, nam multa afferit non fauorabilia, & absurda contra immunitatem Ecclesiasticam.

Sed quid dicendum erit, si plures ex eodem Patre extent pupilli, & alij sint laici, & alter Clericus, an tunc tutor

14 Extantibus ex eodem Patre pluribus pupillis, quorum alij sint laici, alij Ecclesiastici sententia afferens tutorem pro omnibus posse dari à Iudice laico.

erit dandus per Iudicem Ecclesiasticum ratione Clerici, qui omnium curam gerat, an vero per Iudicem Laicum, qui etiam regere debeat clericum; an verò vnus per laicum, qui regat pupillos laicos, alter per Ecclesiasticum, qui regat Clericum? Videtur dicendum, posse tutorem constitui per Iudicem laicũ, qui æquè valeat regere pupillos laicos, & Clericos, quandoquidem tutela videtur pertinere ad quandam æconomicam, & domesticam gubernationem in defectum parentis, adeo vt id tutor præstet, quod teneretur præstare Pater, si esset superstes, & sicuti ipse pater posset testamento constituere tutorem, qui æquè regeret filios suos impuberes, siuè fuerint laici, siuè Clerici, cum solum hic tutor fungeretur munere patris, ita, si ipse non constituerit, videtur Iudex quasi supplens id, in quo pater defecit, posse constituere, eo modo, quo pater ipse posset constituere, adeoq; in ordine ad eos filios, siuè laicos, siuè Clericos. Hoc argumentum videtur percutere ipsam assertionem in sua radice euincens, quod per Iudicem laicum possit simplicitèr pupillo Clerico dari tutor.

Rationes pro hac sententia.

Ex alia parte videtur asserendum, quod etiam in hoc casu existentiæ plurium filiorum, quorum alij sint laici, alij Clerici, spectet ad Iudicem Ecclesiasticum priuatiuè quoad laicum tutorem dare, & ratio videtur ex eo deduci, quia, cum interueniant, tam laici, quam clerici, tanquam pupilli, iudicium dicitur esse de foro Ecclesiastico propter personam Clerici, quæ velut magis digna trahit ad se minus dignam, vt latè in similibus probat *Stephanus Gratianus discept. for. c.641. ferè per totum*, & latè habetur *c. per tuas de arbit. c. quanto de iudic. l. si communem ff. quemadmodum seruit. amit., & signanter hoc firmat Gomez var. resol. tom.3. c.10. n.6., Socin. cons.12. nu.17. ad fin. lib.1.* Adde primo, quod, si plures fuerint tutores, quorum alij sint laici, alij clerici, iudicium sit intentandum coram Iudice Ecclesiastico propter eandem rationem maioris dignitatis, per textum *in c. si Iudex laicus de sent. excom. in 6., Felinus in c. 1. col. 5. ad fin. vers. & vltimatè adeò gustat nu. 7. ad medium de præscript., Thomas Ferrarius caut.* 10. *incip. si contingat plures laicos*, vbi dicit, hoc esse importantissimum, ergo etiam, si constituendi sint tutores pupillorum, quorum alij sint laici, alter Clericus, erit per Iudicem Ecclesiasticum constituendus; ad quem etenim spectat diiudicare, spectat etiam constituere. Adde secundo, quod, cum sit vna, & eadem ratio defensionis, continentiæ causæ diuiderentur, si plures constituerentur tutores, quorũ alter esset conueniendus coram Iudice laico, à quo sit constitutus, alter coram Ecclesiastico, quod certè esset absurdum, prout notant in specie *Socinus cons. 12. n. 17. lib. 1., & alij plures apud Gratianum loc. cit.*, & habetur *l. nullum ff. de iud.*

15 Sententia asserens tutorem dandum esse per Iudicem Ecclesiasticum quoad omnes.

Rationes pro hac sententia.

16 Sententia asserens vnum tutorem pro laicis dandum esse à laico, alterum pro Clericis ab Ecclesiastico.

Ex alia tandem parte videtur dicendum, quod ratione pupillorum laicorum alter sit constituendus à Iudice laico, & ratione clerici alter ab Ecclesiastico; cum etenim versemur in separabilibus ratione personarum, quæ aliæ subduntur potestati laicali, alia Ecclesiasticæ, non est, cur vnaquęq; potestas non debeat suũ officium exercere. Quid iam in hac controuersia concludendum? Probabilius arbitror, duplicem esse constituendum tutorem, alterum à Iudice Ecclesiastico pro Clerico, alterum à Iudice sæculari pro pupillis laicis, nisi fortè vterque Iudex concurrat ad constituendum vnum eundemque tutorem, qui auctoritate Iudicis Ecclesiastici regat Clericum, & auctoritate Iudicis laici regat pupillos laicos. Ratio ex eo deducitur, quia Iudex laicus nullam habet iurisdictionem in personam Ecclesiasticam, nec Ecclesiasticus in personam laicam, ergo vnusquisque debet suam potestatem, seu iurisdictionem exercere in ordine ad personas sibi subditas; Neque obstant ea, quæ pro prima opinione afferebantur, nempè, quod, sicuti pater potest testamento constituere tutorem, tàm pro filijs Ecclesiasticis, quàm pro laicis, ita, & Iudex laicus possit tutorem constituere pro vtrisque, cum Iudex solum suppleat id, in quo pater defecit, & tutor datus à Iudice id solum præstet, quod præstaret pater, si esset superstes; Non, inquam, obstant, quia ex eo, quod filius factus sit Clericus, vel Ecclesiasticus, non desinit esse sub patria potestate, sicuti desinit esse sub Iudicis laici iurisdictione, adeoque mirum non est, si pro eodem possit à patre dari tutor in testamento, non autem à Iudice laico per sententiam.

17 Reijciuntur rationes pro prima sententia adductæ.

Neque item obstare possunt ea, quæ dicta sunt pro secunda opinione, nem-

pè, quod persona Clerici, vtpotè magis

18 Reijciuntur rationes pro secunda opinione adductæ.

digna trahat ad suum forum personas fratrum laicorũ, vtpotè minus dignas, & quod sicuti, si fratrum alter esset Clericus, alter laicus, & essent conueniendi coram Iudice per tertias personas, vtique conueniri deberent coram Iudice Ecclesiastico propter rationem maioris dignitatis, ita, si alter sit Clericus, alij laici, tutor sit illis constituendus per Iudicem Ecclesiasticum propter eandem rationem maioris dignitatis. Non, inquam, obstare possunt, quia ea, quæ dicuntur ad summum verificantur quando agitur de re indiuidua *Grassus de effect. Cleric. effect. 1. num. 137., Ciarlinus controu. 34. nu. 30., Gailus obseruat. 37. vers. 3. singulariter Squillant. de priuil. cler. c. 7. nu. 77.*, non autem, quan-

Agitur de re diuidua, & separabili.

do agitur de re diuidua, & separabili, quia tunc clericus non trahit ad se laicos per textum in hunc sensum communitèr acceptum *in l. si communem ff. quemadmodum seruit. amit., & in l. præcipimus §. eodem obseru. C. de appell., Aloysius de Leo in l. qui sub prætextu nu. 21. C. de Sacrosant. Eccl.* In datione autem tutelæ quando alter ex pupillis est Clericus, alij laici, apparet rem esse diuiduam; Neque obstare potest, quod clericus, & laici simul habitent, & habeant commune patrimonium indiuisum, Non, inquam, obstare potest, quia ex simultanea habitatione, & rerum indiuisione, vt notat *Couarruuias pract. qq. q. 34.* non benè infertur esse indiuiduam causam eorundem, cum onera possint commodè diuidi pro parte patrimonij adhuc indiuisi *Speculator de Cleric. coniugat. nu. 13., & 14., Menochius cons. 103. n. 29., Gutierez pract. qq. lib. 1. q. 6. per tot., Marsilius singul. 180.*

Sed difficultas aliqua potest esse in ordine ad bona, quæ, cum sint omnino laicalia, non videntur subesse iurisdictioni Iudicis Ecclesiastici? Propter hanc *Paulus de Castro cons. 353. incip. Curator datur n. 2. lib. 1.*, asserit, quod Ecclesiasti-

19 Reijcitur opinio Castrensis asserẽtis, quod tutor datus ab Ecclesiastico versari debeat solum circa personam Clerici, non circa bona.

cus circa personam Clerici, & obligationem personæ dat tutorem, Laicus verò dat circa bona, & quod bonum esset, quod ab vtroque foro daretur; ex quibus iuxta mentem eiusdem videtur inferri, quod tutor datus a Iudice Ecclesiastico ad personam Clerici debeat dumtaxat eundem Clericum ex vi proprij, & commissi sibi muneris regere, datus vero à Laico debeat circa vniuersum patrimonium etiam tangens ratam Clerico debitam versari; Sed non libenter annuerem huic Castrensis opinioni, quandoquidem, cum ius ad bona seu ratam patrimonij sequatur personam Clerici, eidemq; inhæreat, sicuti habet tutor ab Ecclesiastico datus regere personam clerici, ita habet bonis eiusdem assistere, & consulere, cum simul cum persona iura eidem inhærentia transferantur quoad regimen in tutorem. Adde cum *Romano cons. 188. Incip. in hac causa in princip., & per totum*, quod, cum tutor fictè repræsentet personam pupilli, ex hac causa habeat generalem administrationem bonorum eiusdem in consequentiam.

Sed modo ex professo explicandum venit id, quod supra attigimus, an, si in hoc casu duplicis tutoris constituti à Iudice Ecclesiastico, & laico oriretur 20

Orta cõtrouersia coram, quo Iudice erit agitãda?

controuersia super patrimonio pupillorum, eadem controuersia esset agitanda coram Iudice Ecclesiastico, an vero coram laico, an vero coram vtroque ad normam, seu ratam bonorum, quæ spectant ad Clericum, & bonorum, quæ spectant ad laicos? Stephanus *Gratianus discept. for. c. 641. per totum*, acriter 21

Sententia asserens agitandã esse corã Iudice Ecclesiastico.

contendit agitandam esse coram Iudice Ecclesiastico priuatiuè quoad laicum ne continentiæ causæ diuidantur, & ne sequatur absurdum, si in vna, eademq; causa variæ sententiæ proferantur, & subdit, non habendam esse in consideratione distinctionem, an simus in inseparabilibus, & indiuiduis, an in ijs, quæ recipiunt diuisionem, pro quo allegat

Rationes, & considerationes circa hanc sententiam.

Menochium de arbitrarijs cas. 371. n. 4., Farinacium q. 8. nu. 151., Cardinalem Seraphinum decis. 957., neque item considerandum esse, an sint bona patrimonialia, cum respectu fori nulla habenda sit distinctio *c. si diligenti, & c. significasti de foro compet.* Addit vlterius, quod in terminis proprijs tutelæ, & curæ rem agendam esse coram Iudice Ecclesiastico, quando inter pupillos, adest clericus, sic statuerint *Socinus in c. prudentiam 2. col. 23. post medium vers. ex prædictis ego infero n. 30. in fin. in 8. fallent. de matris petit.* His tamen non obstantibus sentio, 22

Si res fuerit diuidua agitãda erit proportionaliter coram vtroque.

quod, quando res est diuidua, & patitur diuisionem, fieri debeat conuentio contra Clericum in foro Ecclesiastico, & contra laicos in foro sæculari *Ciarlinus controu. 34. n. 13., & seqq. per tot. Sanfelicius decis. 273., & in praxi sect. 23. num. 5., Carleual. de iudicijs tom. 2. lib. 1. tit. 11. disp. 11., Pacificus Iordanus lucubrat. vol. 3. lib. 13. tit. 8. nu. 168.*, vbi testatur ita in praxi semper seruari vidisse, & putare ita de iure seruandum esse, quod idem asserit *Ridolphinus in praxi part. 3. c. 4. nu. 146., & 147.*, & benè probat *Thomas Velascus alleg. 18. per totum*, & ita seruari fatetur *Sperellus decis. 4. n. 20.*, quamuis

ipse

ipſe iuriſdictionis Eccleſiaſticæ acerrimus propugnator, & defenſor egregius conetur contrarium ſuadere. Hoc videtur deduci per textum ſic communiter intellectum *in l. ſi communem ff. quemadmod. ſeruit. amit.*, *& in l. præcipimus §. eod. obſeruand. C. de appell.*, non enim, quādo res eſt diuidua, iuriſdictiones ſunt confundendæ *Gutierez. pract. qq. lib. 1. q.6.*, *Squillant. de priuil. Cleric. c.7. nu.77.*, *Vrſillus ad Afflict. decis.213. n.7.*, & hoc dicit eſse communiter receptum *Andreolus controu. 206. in princip. Hector Capirius Latro conſult.55. ſub n.2., & ſeqq.*

Rationes pro hac ſententia.

Nec obſtant ea, quæ in contrarium afferuntur à *Gratiano loc. cit.* Non primum, quo dicitur, quod continentiæ cauſæ diniderentur, & ſuper eadem cauſa variæ ſententiæ orirentur, quia non poteſt dici diuiſio continentiæ cauſæ, quando res eſt diuidua, & ſeparabilis, & perſonæ ſunt diuerſi fori *Thomatus decis. 21. num. 8.*, *Ciarlinus controu. 34. num.13. & ſeqq. per totum*, *Cardinalis Tuſchus tom. 1. lit. C. concl. 159.*, *& tom.2. concl.976.*, ex quibus corruunt ea, quæ dicuntur de non conſideratione habenda, an res ſint inſeparabiles, & indiuiduæ, an verò diuiduæ; Non ſecundum, quod aſſeritur in terminis proprijs tutelæ, cuius cauſa dicitur ad ſolum Eccleſiaſticum Iudicem pertinere, quando aliquis ex pupillis eſt Clericus, quia ad ſummum hæc verificantur, quando ab initio plures ſunt dati per teſtamentum tutores, qui ſe habeant loco vnius, tunc etenim in ordine ad adminiſtrationem, & redditionem rationum omnes tenentur in ſolidum, & ſic omnes conueniri poſſunt coram eodem Iudice, cum redditio rationis adminiſtrationis in hoc caſu ſit indiuiſibilis, prout docent *Baldus in l. plures 6. n.17. in fin. col. 5. ad medium verſ. item, ſi iſte vellet reddere rationem C. de condit. inſert.*, *Menochius de arbitrar. caſ.209. num.31.*, *Rolandus conſ. 81. num.36. lib.1.* Cæterum in caſu præſenti, in quo per diuerſos Iudices in ordine ad diuerſas perſonas facta eſt diſtinctio tutorum, & vnicuique ex his demandata eſt propria prouincia, res ita non ſe habet, præcipuè cū hic non agatur de redditione rationum adminiſtrationis, ſed de defenſione pupilli propriæ tutelæ commendati.

Reijciuntur rationes, & conſiderationes cōtrariæ.

Difficultas ſolummodo verſatur in præſenti in ſtabiliendo, an cauſa pupillorum ſimul habitantium, & habentiū patrimonium indiuiſum dicenda ſit propriè indiuidua, an verò diuidua? Circa quam difficultatem nonnulla attigimus in præcedentibus, vbi cum *Couarruuia pract. qq. q.34.* diximus diniduam eſſe. Martha *de iuriſd. part 4. caſ.118. num. 12. & ſeqq.* conſtituens rem diuiduam, 23
vel indiuiduam, quatenus pertinet ad rem præſentem penes ordinem ad rem ipſam, quatenus diuidi, vel non diuidi poſſit, tres ſpecies indiuiduorum diſtinguit, quorum alia appellat neceſſaria, alia naturalia, alia accidentalia. Explicans poſtea ſingula dicit, quod indiuidua neceſſaria illa ſint, quæ tàm origine, ſine contractu, quàm ſtatu, reſolutione, & omni reſpectu tàm actiuè, quàm paſſiuè, tàm ex parte creditoris, quàm ex parte debitoris eſt indiuidua, hocque aſſerit procedere ex natura rei debitæ, 24
& de hac ait procedere textum *in l. via ff. de ſeruit.*, *& in l. 2. §. ex his ff. de verb. oblig.*, & quando res ita obligatur, ſemper taliter obligatur, ſiue in conſiſtentia, ſiue in reſolutione. Deinde dicit, quod indiuidua naturalia illa ſint, quæ ex natura, & forma ipſius rei debitæ talia ſunt, vt etiam ſine pacto, & ſine conuentione integrè, & in ſolidum ſint debita, hocque exemplificat in obligatione ædificandi certam domum, vel effodiendi certam foſsam, nam licet ædificium, & effuſio foſsæ poſſint fieri per partes, quia tamen vtrumque reſpicit formam futuram, quæ haberi non poteſt, niſi per complementum operis, ideo indiuiſibiliter obligat ad totum, & complementum. Tandem dicit, quod indiuidua accidentalia illa ſunt, quæ reſpiciunt res, ſeu actiones, & obligationes, quæ ex natura ſua ſunt diuiduæ, & admittunt partes, ſed ex primario fine, & principali intentione, qua fit obligatio, redduntur indiuiduæ; talem dicit eſse obligationem, qua fundus obſtringitur ad ædificandam turrim, quo caſu defuncto illo, qui obligauit, & ſuperſtitibus quatuor illius hæredibus non ſufficit, quod alter tradat fundum pro parte, ſed omnes tenentur, quia turris non poteſt fieri pro parte, neque fundamentum pro parte fodi, & iuxta hoc aſſerit procedere textum *in l. ſtipulationes non diuiduntur ff. de verbor. oblig.* Retenta hac diuiſione, & 25
explicatione ex mente eiuſdem Marthæ apparet cauſam pupillorum ſimul habitantium, & habentium bona indiuiſa non eſſe indiuiduam, nam non eſt talis ex primo capite indiuiduorum neceſsariorum, quandoquidem, & in origine, & in ſtatu, & in reſolutione poteſt diuidi; non ex ſecundo indiuiduorum naturalium, cum non reſpiciat certam formam futuram, quæ compleri nequeat niſi per integritatem, cum certum ſit, quod vniuſquiſque ius habeat ad quo-

An cauſa pupillorū, ſimul habitantium, & habentium patrimoni indiuiſum dicenda ſit diuidua, an indiuidua.

Tria genera indiuiſorum aſſignantur.

Huiuſmodi pupillorum cauſa nō eſt indiuidua.

Aſſignantur rationes.

tam

tam bonorum; non ex tertio indiuiduorum accidentalium, nam ex nulla circunstantia, seu intentione patrimoniũ pupillorum, seu bona, & personæ eorundum, ita intelliguntur, vt non possit quota vnius obligari sine quota alterius. Alij considerantes indiuiduitatem ex eo solum, ne continentia causæ diuidatur, videntur asserere huiusmodi pupillorum causam esse indiuiduam. Sed de hoc satis dictum est supra, ex quibus deduco, probabilius esse hanc causam diuiduam esse.

Hinc etiam deducitur, quod neque per Iudicem laicum possit dari Clerico Tutor Clericus, seu Ecclesiasticus, prout notant *Decius consf. 150. num. 9.*, *Montanus de tut. & curat. c. 4. num. 27.*, nam denegari non potest, quin Iudex dans tutorem exerceat iurisdictionem, quam non habet laicus, nec habere potest in ordine ad pupillum Clericum, nec talis iurisdictio eidem confertur ex eo, quod deleget Sacerdotem, seu Ecclesiasticum pro munere tutelæ, vnde in hoc non est consideranda qualitas tutoris, sed Iudicis dantis.

26 Per Iudicem laicum nequit dari Clerico tutor etiã Ecclesiasticus.

Sed, an Iudex Ecclesiasticus possit dare tutorem laicum Clerico pupillo? Negant *Abbas in c. at si Clerici col. 8. in princip. de Iudicijs*, *Decius consf. 150. num. 8.*, *Franciscus Ripa in c. 2. num. 10. de iudicijs*, quorum opinio multis rationibus innititur; primo, quia laicus non potest habere potestatem in personam Clerici, cum hic sit res spiritualis, quæ laico subijci non potest; secundo, quia Iudex dans tutorem pupillo non solum exercet iurisdictionem erga pupillum, cui dat, sed etiam circa tutorem, quem dat, sed Iudex Ecclesiasticus nullam habet iurisdictionem in laicum, quem constituere intendit tutorem, ergo &c.; tertio, quia tutor laicus datus pupillo Clerico a Iudice Ecclesiastico posset conueniri coram Iudice laico pro tutela pupilli, quod non videtur dicendum. His tamen minimè obstantibus sentiendum est, per Iudicem Ecclesiasticum posse dari pupillo Clerico tutorem laicum. Ita in similibus *Glosa in c. bene quidem dist. 96. in verb. præter Archidiaconus in c. clericum cuiuslibet 11. q. 1.*, *Federicus de Senis consf. 125.*, vbi dicunt, quod Episcopus causas ciuiles Clericorum possit committere laico, & in terminis *Montanus de tut. & curat. c. 4. num. 31.* Ratio ex eo deducitur, quia tutor laicus sic deputatus à Iudice exercet munus tutelæ non ex propria, sed ex Iudicis constituentis auctoritate, sicque quodamodo fundamentaliter ex officio Ecclesiastico, nec repugnat, quod in ijs, quæ pertinent ad politicam, & domesticam gubernationem munus Ecclesiasticum committatur laico; non enim exigit potestatem ordinis, nec iurisdictionem ordini alligatam, & sicuti laicus potest esse Procurator Clerici, & Sindicus Ecclesiæ per textum *in c. 1. de Procur. & c. 1. de Sindic.*, item Hospitalarius, seu Rector Hospitalis erecti auctoritate Episcopi *Ripa c. 2. de iudicijs*; item delegatus in ordine ad causas ciuiles Ecclesiasticas *Glosa in c. bene quidem dist. 96. in verb. præter ArchiDiaconus in c. Clericum cuiuslibet 11. q. 1.*, ita non est, cur non possit constitui tutor in ordine ad pupillum Ecclesiasticum à Iudice Ecclesiastico. Confirmari potest ex eo, quod laicus potest esse tutor testamentarius, & legitimus respectu Clerici, vt docet *Ripa loc. cit.*, ergo etiam poterit esse datiuus præsertim, si à Iudice Ecclesiastico constituatur.

27 Sententia asserens Iudicem Ecclesiasticum non posse dare clerico tutorem laicum.

28 Probabilius potest dare.

Rationes pro hac resolutione.

Laicus potest esse procurator Clerici.

Ad rationes, quæ pro contraria sententia afferuntur, nunc respondendum est, & quidem ad primam patet ex supradictis tutorem sic constitutum non exercere erga pupillum Clericum munus tutelæ auctoritate propria, sed auctoritate Ecclesiastica, vtique delegabili. Deinde in hoc potius est attendenda auctoritas constituentis, quam constituti, cum hic non exerceat nisi quandam politicam, æconomicam, & domesticam gubernationem. In ordine ad secundam dicendum est auctoritatem, quam exercet Iudex Ecclesiasticus in ordine ad tutorem laicum non esse compulsiuam, quatenus possit eundem cogere ad suscipiendam tutelam, sed esse voluntariam respectu eiusdem tutoris, quatenus potest illam suscipere, & curam demandatam exercere. In ordine ad tertiam dicendum est, tutorem, quantumuis laicum non posse conueniri coram Iudice laico, quia ibi conueniendus est, vbi est conueniendus pupillus, cuius personam fictione iuris repræsentat, & de cuius causa principaliter agitur.

Soluuntur rationes contrariæ sententię.

29 Dato duplici tutore altero per Iudicem Ecclesiasticum, altero per laicũ inuenearium, secundum aliquos conficiendum est auctoritate Iudicis laici.

Pro complemento eorum, quæ proposita sunt in principio præsentis tituli, remanet examinandum, cuius Iudicis auctoritate conficiendum sit inuentarium bonorum pupillorum, si inter hos reperiatur Clericus, cui datus fuerit tutor a Iudice Ecclesiastico, cum alius datus fuerit laicus à Iudice sæculari? Suppono, bona adhuc remanere indiuisa, & pupillos simul habitare. Videtur absolutè dicendum auctoritate Iudicis laici simplicitèr esse conficiendum, quandoquidem huiusmodi confectio respicit bona patrimonialia pupillorum, quæ

sub-

ſubſunt poteſtati laicali, prout docent *Carolus Molinaus ad Decium conſ.150.nu.8. & ſeqq., Stephanus Aufrerius in reper. Cler. reg.2. fallent.28., & reg.4. fallent.25. de offic.ordin.*, nec aliquo modo tangit perſonam pupilli Clerici, ob quam etiam rationem *Caſtrenſis conſ. 353. curator datus lib.1.* docet, quod à ſolo Iudice laico datur curator Clerico, quia curator datur in ordine ad bona, quæ ſubſunt poteſtati laicali, quinimmo ſubdit *ibidem num.2. verſ. ſed contra*, quod circa perſonam, ſi dandus eſſet curator, vtique hic deberet dari ab Eccleſiaſtico, ſed circa res dandus eſſet à laico; Cum igitur in caſu noſtro confectio inuentarij reſpiciat bona, ex hac Caſtrenſis doctrina videtur inferendum, quod debeat fieri auctoritate Iudicis laici, cui talia bona ſubduntur. His tamen minimè obſtantibus ſentiendum arbitror auctoritate etiam Iudicis Eccleſiaſtici, prout concernit ius pupilli Clerici eſſe conficiendum, quia licet tutor detur principalitèr perſonæ, hæc tamen trahit ſecum etiam ius ad res, & data obligatione perſonæ valida poteſt agi ad ſatisfaciendum obligationi perſonali in bonis, vt notat *Cardinalis Tuſcus lit. T. concl. 432. num.3.* contra *Caſtrenſem d. conſ.353.nu.2. verſ. ſed contra lib.1.*

30 Congruẽtius tamen conficiendũ eſt auctoritate vtriuſq;

PRÆNOTIO XVIII.

Quando à Iudice dari poſſit Tutor.

SVMMARIVM.

Regulariter non eſt locus tutori datiuo, niſi deficiente teſtamentario, & legitimo. 1.

Fallit tamen, quando conſtitutus eſt tutor teſtamentarius pro pupillis hæredibus, & adhuc non eſt adita hæreditas. 2.

Extante ſpe teſtamentarij excluſo legitimo datur locus datiuo. 3.

Tutore teſtamentario deportato ſine ſpe reſtitutionis, niſi ex gratia ſpeciali Principis aperitur locus legitimo, non datiuo. 4.

Extante impedimento temporali in teſtamentario, & legitimo datur datiuus durante impedimento. 5.

Deficiente altero ex pluribus tutoribus teſtamentarijs in locum eiuſdem datur datiuus, non legitimus. 6.

Tutore dato in teſtamento ſub conditione, vel in diem pendente conditione, & die datur datiuus. 7.

Appellante tutore teſtamentario pendente appellatione aperitur locus datiuo. 8.

Si tutor teſtamentarius poſt ſuſceptam tutelam abeſſe debeat cauſa Reipublicæ eidem ſubſtituitur datiuus. 9.

Mouente tutore legitimo aduerſus pupillum controuerſiam ſtatus, vel aliam litem conſtituitur datiuus. 10.

Si mater poſt ſuſceptam tutelam volens ſecundo nubere adeat Iudicem, vt alium tutorem conſtituat, locus ſit datiuo. 11.

Secus, ſi nondum tutelam ſuſceperit, & quare. 12.

IAM dictum eſt ſupra, non eſſe locum tutori datiuo, niſi deficiente teſtamentario, & legitimo per textum *Inſtit. de Attil. tut. in princip.*, & *ita docent Angelus in §. quod autem num. 2. verſ. 2. Inſtit. de leg. tut. Ferrarienſis in form. libel. quo agit ad reddend. rat. tut. in verb. coram num.4.* Quamuis autem pro regula hoc habeatur, multas tamen patitur reſtrictiones, & limitationes.

1 Non eſt locus tutori datiuo exiſtente teſtamentario, vel legitimo.

Et primo in caſu, quo quis eſſet conſtitutus tutor teſtamentarius pro pupillis hæredibus, & adhuc adita non eſſet hæreditas; tunc etenim ante aditam hæreditatem non obſtante conſtitutione tutoris ex teſtamento aperitur aditus tutori Attiliano, cuius præcipuum munus eſt nomine pupillorum hæreditatem adire, qua adita ipſius munus ceſſat, & ſubintrat teſtamentarius per textum *in l. ſi nemo cum l. ſeq. ff. de teſtam. tut.*, & *§. item, ſi iure Inſtit. de Attil. tut.*; atque hoc expreſsè docent *Oinotimus Inſtit. de Attil. tut., Caualerius deciſ.207. per totum, Montanus de tut. c.10. num.44., & c.13. nu. 10., & c.21. num. 2.* De hoc tutore Attiliano fortè continget infra ſermo.

2 Conſtituto tutore teſtamentario, & adhuc non adita hæreditate datur locus tutori Attiliano.

Secundo in caſu, quo eſſet ſpes teſtamentarij tutoris, tunc etenim excluſo legitimo aperietur via datiuo per textum *in l. ſi quis ſub conditione in princip. ff. de teſtam. tut., Montanus de tut. & curat. c.16. nu.8., Marcus Antonius Sabellius in ſumma diuerſ. tract. in verb. tutor num. 9.*, vbi plurimos allegat. Hoc contingeret in caſu, quo quis eſſet in teſtamento conſtitutus tutor, & deinde captus eſſet ab hoſtibus, ſi enim eſſet ſpes libertatis, & quod tutelam poſſet reaſſumere, eſſet locus datiuo, non legitimo *Angelus in d. §. quod autem Inſtit. de legit. tut.* per textum *in l. 1. §. ſi apud hoſtes ff. de legit. tut., Corneus conſ.284. num. 3. 4., & 5. lib.3.* Item in Matre, quæ ſi fuerit in teſtamento data tutrix, & eſſet minor, tunc etenim aperitur via datiuo, quouſque ad maioritatem peruenerit.

3 Extante ſpe teſtamentarij excluſo legitimo datur locus datiuo.

Sed circa hanc limitationem oritur hic difficultas, an, ſi tutor teſtamento datus fuerit ob aliquod delictum deportatus, adeo vt non ſit ſpes liberationis, niſi ex ſpeciali iure, & indulto ex gratia reſtitutionis in integrum adhuc aperiretur

locus

locus datiuo, an verò subintraret legitimus? Tunc arbitrantur, non datiuo, sed legitimo locum aperiri *Ioannes Andreas in dicto §. quod autem num. 2. Instit. de legit. tut.*, *Corneus d. cons. 284. num. 2. vers. si vero lib. 3.*, *Bartolus in d. l. si quis sub conditione in fine primæ quæst. num. 1. ff. de testam. tut.*, & ratio ex eo videtur deduci, quia illa spes, vtpotè solum fundata in sola Principis voluntate habetur tanquam inanis, ac proinde, ac si non esset.

4 Tutore testamētario deportato sine spe restitutionis nisi ex speciali gratia Principis datur locus legitimo.

Tertio regulariter in quocunque casu, in quo quoad testamentarium, & legitimum tutorem adesset impedimentum temporaneum, tunc etenim durante impedimento potest per Iudicem dari tutor, qui cessante impedimento cesset; si autem impedimentum esset perpetuū, tunc aperiretur locus proximiori in gradu adinstar successionis per ea, quæ notant *Gratianus discept. for. c. 63. per totum*, *Montanus de tut. & curat. c. 13. & 14.*, *Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. tutor num. 9. vers. quod tutori datiuo*.

5 Extante impedimento temporali in testamentario, & legitimo datur datiuus durante impedimēto

Quarto in casu, quo plures dati essent tutores in testamento, & alter decesserit, vel ex causa fuerit remotus, tunc etenim quousque alter, vel alij ex testamentarijs extiterint in locum defuncti, vel remoti non datur locus legitimo, sed datiuo per textum *in d. l. si quis sub conditione §. fin. ff. de testam. tut.*, & hoc verificatur siue ille, qui decessit, decesserit viuo Patre, siue mortuo per textum *in l. intestato ff. de legit. tut. §. quod autem Instit. eod. tit.*

6 Deficiente altero ex tutoribus testamentarijs in locum defuncti datur datiuus, non legitimus

Quinto in casu, quo testamento datus esset tutor sub conditione, vel in diem, tunc etenim alius pro medio tempore dandus est pupillis tutor, quamuis isti habeant tutorem legitimum per textū *in d. l. si quis sub conditione in princip. ff. de testam. tut.*, *& §. sed & si Instit. de Attilian. tut.*

7 Si tutor datus fuerit testamento sub conditione vel in diē pendente conditione, vel die datur datiuus.

Sexto in casu, quo tutor testamento datus tutelam per appellationem reijceret, vel absens esset, tunc enim alius temporaneus tutor per Iudicem dandus esset, quousque causa appellationis definiretur, vel absens rediret per textum *in l. 2. ff. de tut. & curat. datis ab his l. cum in vna §. 1. ff. de appel.*, *Bartolus in l. solet ff. de tut.*, & hoc ab eandem rationem, quia adest spes testamentarij.

8 Pendente appellatione super tutela testamentaria datur datiuus.

Septimo in casu, quo tutor scriptus post susceptam tutelam abesse deberet ex causa Reipublicæ, tunc etenim durante absentia per Iudicem alius tutor dandus esset per textum *in l. in omnem rem cum l. seq. ff. de tut. & curat. dat ab his l. si tutor ff. de tut. & ration. distr.*

9 Tutor testamentarius post susceptam tutelam; si abesse debeat causa Reipublicę substituitur datiuus.

Octauo in casu, quo legitimus tutor moueret pupillo, vel status controuersiam, puta, quod idem pupillus non esset defuncti filius, & proinde hæreditatem ad se pertinere, vel aliam litem eidem pupillo intentaret per textum *in l. idem fiet §. cum autem ff. de test. tut.*, & probat *Montanus de tut. & curat. c. 21. nu. 15.*

10 Mouente tutore legitimo contra pupillum status cōtrouersiā, vel aliam litem cōstituitur datiuus.

Nono in casu, quo Mater post susceptam tutelam volens ad secundas nuptias transire Iudicem adiret, vt aliū tutorem daret, tunc etenim fieret locus datiuo, vt docet *Ioannes Gutierez de tut. & cur. c. 5. nu. 12.*, & in hac specie videtur loqui textus *in auth. Sacramentum C. quando mul. tut. offic. fung. pot.*, & ratio ex eo deducitur, quia, cum tunc Mater adierit Iudicem pro substitutione tutoris non adhuc desierit esse tutrix, sed in eadem tutela perseueret, in hoc adhuc videtur esse locus dispositioni textus *in d. l. si quis sub conditione ff. de testam. tut.*, nempe, quod quousque perseueret vel testamentaria tutela, vel anamola matris, non sit locus legitimo, sed datiuo; Quod, si dicatur, quod saltem postea quam mater cessarit a tutela, incipiat esse locus legitimo; statim dicam cum *Gutierez de tut. & curat. c. 9. num. 21. vers. quando vero Mater*, quod cum ille, qui postea datur a Iudice subrogetur loco Matris, quę omnes alios legitimos excludit, & ipse eosdem excludat; quia in hoc casu assumit naturam eius, in cuius locum subrogatur, prout latè explicat *Salicetus in d. auth. Sacramentum C. quando mulier tut. offic. fung. pot.*

11 Si Mater post susceptam tutelam volens secundo nubere adeat Iudicem, ab eoq; petat alium tutorem fit locus datiuo.

Dixi *post susceptam tutelam*, nam, si nunquam assumpserit, sed vadat ad Iudicem, & dicat. *Nolo esse tutrix, sed peto dari tutorem filio meo*, tunc certè defertur tutela legitimo *arg. textus in l. 2. ff. qui pet. tut.*, in hoc consentit *Bartolus in d. auth. Sacramentum, & in d. l. si quis sub conditione num. 27.*, nec in hoc militat ratio supra adducta, quod subrogetur loco Matris, cum hæc nunquam fuerit tutrix. Si verò assumpserit tutelam, nec curans de filijs, nec de Iudice, conuolarit ad secundas nuptias non petito tutore, tunc etiam aperitur locus legitimo, quia tunc desinit ipso iure esse tutrix sine alio Iudicis ministerio, nec tunc potest dici, quod Iudex transferat in locum Matris alium tutorem, cum mater eo temporis tutelam non habuerit. Quoad hæc omnia consentiunt *Baldus in d. auth. Sacramentum col. 1.*, *& ibi Salicetus col. 2. & 3.*, *Paulus de Castro cons. 127. ex capite n. 2.*, *Hieronimus Gabriel cons. 27. num. 1.*, *Antonius Gorgius de tut. & curas. q. 9. num. 9. & seqq.*, *Villalobos in suo erario comm. opin. lit. T. num. 133.*

12 Secus, si nondum tutelam susceperit, & quare.

PRÆ-

PRÆNOTIO XIX.

Quomodo per Iudicem dandus sit Tutor.

SVMMARIVM.

Regulariter Iudex non dat simpliciter tutorem, nisi cum inquisitione. 1.

Refertur consuetudo Galliarum circa huiusmodi inquisitionem 2.

DD. asserentes omnem tutelam iuxta consuetudinem Galliarum esse datiuam. 3.

Refertur modus, quo constituitur tutor à Iudice de iure communi. 4.

Refertur modus, quo constituendus est de iure municipali Mediolani. 5.

Non est sufficiens ad legitimam inquisitionem iudicium Matris de idoneitate nominati. 6.

Regulariter sunt citandi agnati, & cognati, & noti pupillorum. 7.

Etiam non videtur sufficiens iudicium Matris, quamuis non esset secundo nuptura. 8.

Etiam si Mater instituens filias hæredes eisdem tutorem testamento dederit, hic indiget inquisitione. 9.

Qualis inquisitio requiratur. 10.

Tutor dandus à Iudice ad petitionem proximiorum in gradu debet esse cum inquisitione. 11.

Iudex nemine petente potest ex officio pupillis dare tutorem, si id nouerit necessarium, cum inquisitione tamen. 12.

Potest etiam nemine ex coniunctis petente Iudex dare tutorem pupillis ad requisitionem creditorum. 13.

Quinam veniant nomine necessariorum, quibus non extantibus, & non petentibus, creditores possint petere. 14.

Creditoribus petentibus Iudex debet procedere cum inquisitione, & cum consilio coniunctorum. 15.

Non sufficit, quod Iudex dicat, se dedisse cum inquisitione, sed debet constare de tali inquisitione. 16.

Inquisitio debet versari circa mores, conditiones, & idoneitatem personæ eligendæ. 17.

Moribus perditus est ab hoc munere reijciendus. 18.

Fatui, amentes, & furiosi sunt eijciendi. 19.

Minores etiam non sunt admittendi. 20.

Fœminæ, si Matrem, & Auiam excipias, sunt excludendæ. 21.

Item serui, qua tales sunt. 22.

Item ægroti, qui nequeunt rebus suis superesse. 23.

Item pauperes ex sua culpa, & inimici pupillorum. 24.

Item cæci vtroque oculo, & penitus elingues, & surdi. 25.

Item debitores, & creditores pupillorum, excepta Matre, & Auia. 26.

Item, qui habent bona indiuisa cum pupillis. 27.

Excipe, nisi fuerit creditor, vel debitor in modica quantitate. 28.

Excipe item Patrem, & Auum paternum. 29.

Si fuerit inter pupillos, & eligendum lis intentata, hic non est admittendus in tutorem. 30.

Intellige potissimum, si lis fuerit in magna quantitate. 31.

Iudæus non est dandus tutor pupillo catholico. 32.

Etiam alij infideles repellendi sunt à tutela pupillorum catholicorum. 33.

Excommunicatus publicè denuntiatus, & notorius Clerici percussor est repellendus. 34.

Clericus Ecclesiasticis ministerijs addictus arcetur à tutela. 35.

Non tamen à tutela legitima, & quare. 36.

Item arcetur miles. 37.

Habens bona obligata fisco arcendus est ab hoc munere. 38.

Item curiales. Ibidem.

Coloni Principum, siue sint rei priuatæ eiusdem, siue rerum fiscalium. 39.

Item conductores vectigalium, & Gabellarum 40.

Si post susceptam curam, & tutelam velint conducere gabellas. 41.

Si ante vectigalia, & gabellas conduxerunt sunt repellendi à tutela. 42.

Si finita tutela, & non reddita administrationis ratione conducat gabellas incurrit pœnam falsi. 43.

Si fuerit facultatibus destitutus, & non possit satisdare, est arcendus. 44.

Si posset satisdare, & esset fidus, & probus, posset dari. 45.

Si post susceptam tutelam fieret pauper secundum aliquos non esset remouendus. 46.

Congruentius esset addendus curator facultatibus pollens. 47.

Maritus non est dandus curator vxori minori. 48.

Non prohibetur tamen, si detur curator ad litem propriæ vxori. 49.

Sententia docens, vitricum posse esse tutorem suorum priuignorum. 50.

Non tamen priuignas posse apud ipsum vitricum educari. 51.

Sententia docens vitricum, quamuis ab eadem Matre nominatum non posse esse tutorem. 52.

Sententia docens, posse esse testamentarium, non datiuum. 53.

Sententia docens posse esse, quando concurreret consensus parentum. 54.

Sententia auctoris docens regulariter vitri-

cum non esse admittendum. 55.

Tutor testamento datus est repellendus, si statum mutauerit, & quomodo. 56.

Iudex non potest dare tutorem sub conditione, vel in diem. 57.

1 Regulariter Iudex non dat simplicitèr tutorem sine inquisitione.

TVtor à Iudice dari non potest, nisi cum legitima inquisitione, vt de communi praxi testatur *Montanus de tut. & curat. c. 22. in princip.* Intellige, quando simplicitèr datur à Iudice, nam quando datur vel à testatore, vel ab alio instituente pupillum hæredem, tunc quidem necessaria est Iudicis confirmatio, sed non semper inquisitio. Quomodo autem facienda sit huiusmodi inquisitio, quando est necessaria, id est, de quo in præsenti agendum est.

2 Refertur consuetudo Galliarum circa huiusmodi inquisitionem.

Ex consuetudine Galliarum refert *Rebuffus de sent. prouis. art. 3. glos. 2. nu. 6.*, ita obseruari, vt mortuis parentibus auocentur proximiores ex parte patris sex, vel saltem quatuor, & totidem ex parte matris, si sint, per textum *in l. pietatis verb. parentibus C. de suspect. tut.*, quod, si non fuerint in tali numero parentes ex vtroque latere, vocentur amici, & vicini pupilli ad eum numerum; à quibus sic conuocatis Iudex recipit iuramentum, quo asserant, se credere talem fore pupillo vtiliorem, quo habitu iuramento ipsum in tutorem eiusdem pupilli per suum decretum designat iuxta practicam *Mausuerij Galli tit. de tutore §. item si nullus*; ex quibus nonnulli apud *Montanum de tut. & curat. c. 14. nu. 11.* dicunt ex consuetudine Galliæ omnem tutelam potius esse datiuam, quam legitimam eo, quod tam legitimi, quam testamentarij tutores ita fieri debeant, vt postulante Procuratore Regio accedant agnati, cognati, affines, & vicini pupilli ad nominandum, & eligendum pupillo tutorem, qua facta nominatione, & electione Iudex decernit, & pronuntiat, ad quem tutela debeat pertinere, & ab eodem exigit satisdationem, & iuramentum de recta administratione bonorum pupillarium; Sed non facile acquiescerem in ea parte, qua asserunt omnem tutelam ex illo capite conuocationis agnatorum, cognatorum, & affinium, & decreti Iudicis esse datiuam, quandoquidem, si in illa conuocatione concurrerent agnati proximiores, seque alijs præferendos contenderent, si essent idonei, & baberēt conditiones à iure requisitas certè essent eligēdi priuatiuè quoad alios nominatos, nec per hoc, quod alij conuocentur, & nominentur ipsi desinunt esse legitimi, nec item ex eo, quod interueniat decretum Iudicis, cæteroqui nullus tutor esset legitimus, cum etiam legitimis tutela sit à Iudice decernenda *Bartolus in l. legitimos ff. de legit. tut.*

3 DD. asserentes omnem tutelam in regionibus Galliarū esse datiuam.

4 Refertur modus, quo constituitur dè iure cōmuni.

Ex iure communi hoc modo videtur vigere, vt mortuo parente pupillorum, de quorum tutela agitur, mater, si ipsa nolit tutelam assumere, vel ea deficiente illi, qui proximiores sunt eisdem pupillis, si nolint ipsi suscipere, adeant Iudicē, & ab eodem petant dari pupillis tutores, qui Iudex omnibus citatis, ad quos pertinere potest, factaque debita inquisitione super eorum qualitatibus, & conditionibus eum adiudicet in tutorem, quem idoneum fuerit arbitratus.

5 Refertur modus, quo constituendus est de iure municipali Mediolani.

Ex constitutionibus Mediolani *sub tit. de tutelis, & curis*, hæc statuuntur, vt defuncto Patre, nulloque constituto testamentario tutore, & superstite pupillorum vel alterius eorum Matre, vel Auia viduis, teneatur ille, vel illi, cui, seu quibus tutela ipsa tanquam legitimo, seu legitimis deberetur de iure (si Mater, & Auia non forent in rerum natura) intra menses quatuor post eius defuncti mortem denuntient Matri, vel Auiæ (si Mater non fuerit vidua) an velit ipsam tutelam acceptare, & si infra mensem vnum post factam denuntiationem suscipere voluerit, tunc eam accipiat dato idoneo fideiussore, eaq; præstat, quæ de iure communi sunt præstanda; Si autem ipsa mater, vel auia intra ipsum mensem non responderint, vel nolle acceptare dixerint, vel post acceptationem ad secunda vota conuolarint, vel alio modo desijerint esse tutrices, tunc aperiatur locus legitimo, qui vbi absque legitima causa excusationis, recusaret, sit compellendus; & vbi ille, cui tutela primo loco deferretur, non esset idoneus, nec fideiussores idoneos reperiret, tunc tutela decernatur alteri proximiori secuudum iuris dispositionem, Quod, si casus euenerit, quod in casibus præmissis dicto legitimo de facto tutela uon decerneretur, tamen perinde teneatur, & obligatus sit, eiusque bona obligata sint pupillo, seu pupillis, ac si exprelsè tutela decreta esset. Si verò nullus legitimus reperiatur, tunc procedatur ad datiuum, qui dandus est cum legitima inquisitione, & satisdatione, & per Iudicem, qui iuris consultus sit, & non per alium. Sed hic non exponitur quid speciale circa huiusmodi dationē, sed solum, quod fieri debeat per Iudicem, qui sit iurisconsultus, & præscribitur solum inquisitio, & satisdatio ad normam iuris communis.

Quamobrem inquirendum remanet primo, quando dandus est ad petitionem

Exponuntur articuli circa hunc titulum examinandi.

nem Matris, an sufficiat solius Matris iudicium, quod sit idoneus, & habilis. Secundo, an, si fiat, seu fieri debeat ad petitionem proximiorum in gradu, illorum solummodo sufficiat commendatio? Tertio, an, si fiat, seu fieri debeat à Iudice ex proprio officio, quomodo fieri debeat huiusmodi prouisio. Quarto quænam inquirere debeat Iudex circa personam eligendam? Quinto, an sufficiat, quod Iudex dicat, se dedisse cum causæ cognitione, an verò requiratur, quod constat de tali cognitione. Sexto, an Iudex teneatur dare tutorem simpliciter, an verò possit dare sub conditione, & in diem.

6

Non sufficit ad legitimã inquisitionem iudicium Matris de idoneitate nominati.

ASSERTIO I. Non est sufficiens ad legitimam inquisitionem iudicium Matris de idoneitate tutoris per ipsam nominati. *Triphonius in l. credendum circa fin. ff. qui pet. tut., Montanus de tut. & curat. c.22. num.4.*

Non solum moueor ex eo, quod iudicium muliebre sit leue, & fragile, & multis obnoxium erroribus, ex qua ratione motus est *Triphonius loc. cit.*, sed etiam ex eo, quod vehemens potest esse præsumptio, quod tutorem huiusmodi approbet ex aliquo inordinato fine, vt sic approbatus sibi indulgeat etiam in præiudicium pupillorum; ob quam rationem monent plurimi cautè in hoc procedendum esse a Iudice, ne illi tutelã designet, quem mater conuolatura ad secundas nuptias nominauerit, sed ex officio teneatur, quem magis idoneũ, & magis filijs, expedire iudicauerit, adiudicare *Baldus in l. precibus sub num. 21. C. de impub. & alijs substit., Decius in c. ex parte 2. sub num. 6. de appel., Spino in suo specul. testam. glos.29. sub num. 12.* addita etiam ratione ex eo scilicet, quod mater posset fraudulentèr eligere ad fraudandos pupillos per textum *in l. Diuus §. si quidem ff. qui petant actores*, quinimmo plurimi etiam docent Iudicem non debere dare nominatum a matre in transitu ad secundas nuptias.

Rationes pro hac resolutione.

Hinc non incongrue monet *Salicetus in auth. Sacramentum in fin. C. quand. mul. tut. offic. fung. pos.*, quod non male, sed bene, & prudenter aget Iudex, si agnatos, & cognatos, & notos pupilli ad hoc citare faciat, & iudicium ipsorum exigat, vt rectè procedere possit in constituendo pupillis tutorem; vnde subdit *Decius cons. 474. in testament. Bernardi in fine*, quem ad hoc refert, & sequitur *Antonius Piagius de tut. & curat. q.3. n.44.*, quod tutor a Iudice datus ex abrupto, & absque causæ cognitione ad petitionem matris transeuntis ad secunda vo-

7

Regulariter sunt citandi agnat., & cognati, & noti pupillorum.

ta non possit esse tutor, sed loco illius legitimus sit admittendus. Ex quibus omnibus deducitur, quod solum matris iudicium, quoad electionem tutoris non sit sufficiens, sed fieri debeat à Iudice inquisitio, prout habetur *ex l. fin. C. qui pet. tut., Baldus cons. 470. Quidem vol. 3., Antonius Gabriel cons. 27. num. 31.*, qui dicit hoc esse communiter receptum.

Hic duplex oritur difficultas. Prima est, an, si mater non sit conuolatura ad secundas nuptias, & petat à Iudice dari pupillis tutorem, possit Iudex sine alia inquisitione sequi iudicium matris? Secunda, an, si ipsa mater testamento quoad bona sua dederit pupillis tutorem, sit hic sine alia causæ cognitione a Iudice confirmandus?

In ordine ad primam *Baldus in l. precibus C. de impub. & alijs substit., Iason cons. 149. num. 2. vers. item decretum lib. 2., Montanus de tut. & curat. c.22. num. 5.*, videntur asserere, etiam in hoc casu, quo mater non esset transitura ad secunda vota, Iudicem non debere stare soli iuditio matris, dum dicunt *maximè quando ea se declarauit velle conuolare ad secundas nuptias*, illa etenim particula *Maxime*, est impleatiua, & comparatiua de sui natura, & impleat casum magis dubitabilem per textum *in l. pro hærede §. si quid tamen, & ibi Iason in princip. ff. de acquir. possess., & in c. ad abolendam de filijs presbiter.*, & habet vim augmentandi, non minuendi, statque comparatiue, includendo casum magis dubitabilem, implicatq; idem esse in casu contrario, licet in illo fortior militet ratio per textum *in l.1. §. vel maximè ff. de collat. bon., & in l. scire oportet §. & si maximè ff. de excus. tut.*, prout notant *Coarruuias lib. 2. var. c.7. nu.5., Octauianus Vulpellus de præpos., & aduerb. signif. sub dicto magis vers. maximè pag. 58.*, ac proinde præfati DD. videntur asserere, quod a fortiori non sit standum iudicio matris nominantis tutorem, quando est transitura ad secundas nuptias; per quod tamen non tollitur, quin etiam eidem iudicio non sit standum, quantumuis non se declararet ad easdem secundas nuptias velle transire ex qualitate, & natura illius dictionis *maxime* ex allegatis iuribus. Huic opinioni adhærendum existimo propter primam rationem adductam in probatione assertionis, quod scilicet iudicium fæminæ sit leue, debile, & fallibile, & æstimare virilis animi est, non fæminei, prout notant *Montanus de tut. & curat. c. 22. num. 4., & Ioannes Gutierez de tut. & curat. c. 9. num. 71. in fin.* per textum *in l. fin. C. qui petant tut.*, vbi quod Matris

8

Etiam nõ videtur sufficiens iudicium Matris, quamuis non esset conuolatura ad secundas nuptias.

est petere , Iudicis eligere.

In ordine ad secundam *Montanus d. c. 22. num.4.* arbitratur, non esse sufficiens iudicium Matris, etiam si maximè in bonis proprijs liberis suis testamento tutores dederit. Pro notitia recole, quæ in præcedentibus insinuauimus, nempe Matrem posse testamento dare tutorem filijs suis impuberibus, si illos instituerit hæredes, sed huiusmodi tutorem per Iudicem esse confirmandum per ea, quæ tradunt *Montanus de tut. & curat. c. 9. nu. 38.*, *Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. mater num. 13., & verb. tutor num. 4. vers. tutor datus à Patre*, & *DD. communiter in §. vlt. Instit. de tut.* Sed, an confirmatio fieri possit sine alia inquisitione, id est, quod venit sub præsenti controuersia. Pro qua dico requiri etiam in hoc casu Iudicis inquisitionem *Montanus loc. cit., & c. 8. num. 38*, *Tiraquel in l. si vnquam num. 25. ff. de reuoc. donat.*, *Marcus Antonius Sabellius loc. cit. Glosa in §. vlt. instit. de tutel.*, & hoc expresse habetur *in l. 1. ff. de confirm. tut.*, vbi etiam ratio deducitur, quia fragile est iudiciũ Matris *l. Pater ff. de testam. tutel. l. Mater C. eod.*, & ex hoc patet discrimen, quod intercedit inter tutorem datum a Matre in testamento, qui indiget inquisitione, & tutorem datum a Patre in testamento minus legitimè, qui licet indigeat confirmatione, non indiget tamen inquisitione, quia scilicet iudicium fæminæ fragile est *Glosa in d. l. 1. C. de confirm. tut. in verb. Et quidem inquisitione* per textum *in l. fin. in princip. ff. qui pet. tut.*; & licet *Tiraquel loc. mox cit.* dixerit, quod etiam iudicium Matris sit sequendum, vel sine inquisitione, vel cũ modica; in ea tamen parte, qua dicit sine inquisitione, communiter non recipitur, cum expresse obstent iura allegata.

9
Etiam si Mater instituẽs filios hæredes eisdem tutorem dederit hic indiget inquisitione.

Et hoc ob fragilitatem iudicij fæminæ.

Quæ autem, & qualis inquisitio in hoc requiratur? Idem *Tiraquel. loc. cit.* asserit, hoc esse remittendum Iudicis arbitrio. Baldus *cons. 163. in secundo dubio lib. 5.* præcisè dicit inquisitionem faciendam esse de idoneitate eligendi. Stephanus *Bertrandus cons. 290., quamuis mater in princip. lib. 4.* asserit audiendos esse consanguineos, agnatos, & cognatos saltem proximiores, quibus approbantibus tutorem a Matre nominatum Iudex debeat illum confirmare, & hæc est fauorabilior opinio pro incolumitate pupillorum.

10
Qualis inquisitio requiratur.

Assertio II. Si tutor à Iudice dandus sit ad petitionem proximiorũ in gradu, etiam Iudex debet procedere cum inquisitione, nec sufficit solum iudicium eorundem proximiorum petentium. In hoc conueniunt, quotquot sustinent solum tutorem testamentarium à Patre, vel auo paterno datum non indigere inquisitione, vnde omnes, qui dantur, vel dari debent à Iudice, exigunt huiusmodi inquisitionem.

11
Tutor dandus à Iudice ad petitionem proximiorum debet esse cum inquisitione.

Ratio ex eo deducitur, quia iura in hoc genere dandi tutores solum fidunt in dispositione Patris, cuius amor cæteros vincit, nec extenduntur vlterius, &, si non fidunt in matre, quæ maximè filios diligere præsumitur, multo minus fidere videntur in consanguineis, quorum amor non ita intensus præsumitur, sicuti ille matris; Neque dicas, quod in Matre non fidunt ob fragilitatem iudicij, quæ fragilitas non supponitur in proximioribus masculis; contra enim impugnaberis, quia licet iudicium matris præsumatur fragile, excessus tamen amoris in matre erga filios videtur æquiponderare fragilitati iudicij, vnde, si in matre supponitur debilius iudicium; in alijs à matre supponitur minor amor, & sic, sicuti ratione fragilitatis iudicij in matre ipsi non fidunt, ita ratione minoritatis amoris in consanguineis petentibus videntur minus eisdem fidere; vnde *Vlricus Zasius in l. hac verba num. 6. ff. quib. ex caus. in possess.* dicit requirendos esse cognatos, & affines, & *Robertus Maranta in suo speculo 4. part. dist. 16. num. 36.* dicit, quod ad validandum iudicium, vocatis coniunctis affinibus, & amicis Patris pupilli debeat Iudex tutorem dare, & ita definijsse Senatum Pedamontanum *decis. 89. nu. 7.* refert idem *Maranta loc. cit.*

Rationes pro hac resolutione.

Assertio III. Iudex nemine petente potest ex officio pupillis dare tutorem, si viderit bona perire, vel æs alienum imminere, dummodo id faciat cum inquisitione, & de consilio coniunctorum. *Montanus de tut. & curat. c. 17. nu. 9. Decisio Pedamontana 89. num. 7.* quidquid ex aduerso dixerit *Decius in l. 1. num. 6. ff. de iurisdict. omn. iud.* Hanc etiam sustinent *Bartolus in l. hac autem ff. ex quib. caus. in possess.*, *Alexander in l. bonorum in fin. C. qui admit.*

12
Iudex nemine petente potest, cum nouerit esse necessarium, pupillis dare tutorem cũ inquisitione tamen.

Ratio ex eo deducitur, quia licet munus tutelæ sit vtilitate priuatum, est tamen auctoritate publicum; ad munera autem publica potest Iudex ex officio proprio se intromittere. Secundo, quia ad Rempublicam pertinet curare, ne pupilli indefensi maneant, neue eorum bona profundantur, ergo per Iudices ab eadem destinatos poterit præcauere eisdem pupillis tutores congruos constituendo. Ad hoc etiam facere videtur id, quod habetur Psal. 12. *Tibi derelictus est Pauper, Orphano tu eris adiutor.* Dixi

Rationes pro resolutione.

dum

dummodo id faciat de consilio coniunctorum, quia, cum Iudex dare non possit pupillis tutorem sine inquisitione, & ipsius iudicium debeat esse regulatum, vtique debet esse secundum dispositionem iuris, quod exigit iudicium coniunctorum, vt melius consulatur indemnitati pupillorum in huiusmodi tutorum constitutione.

13 Potest Iudex ad requisitionem creditorum dare pupillis tutorem.

Potest etiam Iudex, si illi, qui de iure pupillis tutores tenentur petere, non petant, dare ad requisitionem creditoris eorundem pupillorum, prout habetur *in l. Diuus Seuerus §. si quidem ff. qui petant tut., & plenius in l. 1. §. vlt. ff. de eo, qui pro tutore, & in l. si filij C. qui pet. tut.*, vbi sic legitur. *Si filij debitoris tui, non sint necessarij, qui tutores petant, potest, & ipse curare, vt accipiant, per quos legitimè defendantur*. Sed hic oritur dubium, quinam veniant nomine necessariorum, circa quod inuenio apud *Montanum de tut. & curat. c. 17. num. 2. & seqq.* Doctores in varios dicendi modos abijsse. Baldus *in r. si Pater de testam.* nomine necessariorum intelligit omnes cognatos, & cōsanguineos ex latere Patris, hocque probat per textū *in l. vlt. ff. de iust. & iur., & l. impuberibus ff. de suspect. tut.*

14 Quinam veniant nomine necessariorum, quibus non petentibus creditores possint petere.

Alij, inter quos *Vlricus Zasius in l. hac verba num. 6. ff. quib. ex caus. in possess.* nomine necessariorum intelligunt alios à cognatis, & affinibus, quod probat ex eo, quia in tali textu dicitur auocandos esse ad pupilli defensionem tutores, quos, si non habent, requirendos esse cognatos, & affines, vel alios, quos verisimile est non omissuros pupillorum defensionem propter necessitudinem, vel charitatem; nomine autem illorum, qui dicuntur necessitudine iuncti intelligit illos, qui sunt extra gradum successibilem, idest decimum. Alij inter quos *Iacobus Reuardus ad l. hæredem ff. de regul. iuris* nomine necessariorum intelligit cognatos, & affines, in quos necessario officium conferatur. Alij verò, inter quos ipse Montanus accipit necessarios in lata significatione, prout comprehendit cognatos, affines, familiares parentum, & contubernales, quod probat per textum *in l. Iulius C. de condit. & demonst.*, quod verum in hac materia existimo.

15 Creditoribus petentibus Iudex debet dare cum inquisitione.

Quando autem Iudex dat tutorem pupillis non petentibus necessarijs ad requisitionem creditorum debet etiam procedere cum inquisitione adhibito consilio coniunctorum, & cum causæ cognitione, si etenim hoc præstare tenetur, quando dat ad petitionem consanguineorum, & etiam ex officio, non video, cur non teneatur etiam præstare, quando dat ad petitionem creditorum.

16 Non sufficit, quod Iudex dicat se dedisse cum inquisitione, sed debet constare de illa.

Assertio IV. Ad hoc, vt tutor dicatur legitimè datus à Iudice, non sufficit, quod ipse dicat se dedisse cum inquisitione, & causæ cognitione, sed debet constare de tali inquisitione, & causæ cognitione. *Iason cons. 149., Baldus in l. omnem C. ad Senat. Consult. Tertul., Menochius de arbit. Iudicum lib. 1. q. 76., Montanus de tut. & curat. c. 22. n. 6.*, quod etiam videtur firmare *Gutierez prima part. c. 8. num. 69.* dicens, quod verba apposita per Tabelliones, quod Iudex videns, & cognoscens eum idoneum, non probant, quod sit datus ex inquisitione, sed solum, quod sit idoneus ex aspectu.

Rationes pro asserto.

Ratio assertionis ex eo deducitur, quia iura maximè sollicita de indemnitate pupillorum, qui præ cæteris subduntur aliorum versutijs, exigunt plenam, & apertam indaginem supra mores, & qualitates eorum, qui ipsorum curæ, & custodiæ præficiuntur, nec sistunt in verborum cortice, sed exigunt veritatis medulam, & cum requiratur huiusmodi inquisitio, & causæ cognitio tanquam forma, debet de eadem plenè constare.

17 Inquisitio debet versari circa mores, & idoneitatem personæ eligendæ.

Assertio V. Inquisitio huiusmodi per Iudicem debet versari potissimum circa mores, conditiones, & idoneitatem personæ eligendæ. Consentiunt in hoc communiter, & inter cæteros *Baldus cons. 163. in secundo dubio lib. 5., & in l. Tutores in princip. ff. de confirm. tut., Montanus de tut. & curat. c. 22. num. 1.*

Ratio ex eo deducitur, quia præcipuus finis iurium præscribentium huiusmodi inquisitionem fuit, vt omnibus, quibus fieri posset, modis consuleretur indemnitati pupillorum, & eisdem substitueretur prudens, vigilans, & fidelis custos, & æconomus, qui sit tuitor, & defensor, non tollitor bonorum, ergo Iudicis munus in huiusmodi constitutione tutoris debet versari, in inquirendo mores, & conditiones eiusdem, & indagando, an sit idoneus, nec ne, ad quod facit textus *in l. 2. C. quando mul. tut. offic. in l. vlt. C. de auctorit. præstand., & §. hoc iure Instit. de Attil. tut.*

18 Moribus perditus est ab hoc munere reijciendus.

Et primo inuestigandum est circa mores eiusdem, si etenim fuerit moribus perditus, vtique ab hoc munere est repellendus; non etenim fidendum est ipsi, ne sua peruersitate inficiat pupillos, eorumque bona dilapidet, prout considerauit *Modestinus in l. scire §. cum reliquis ff. de tut. & curat. dat. ab his, Montanus de tut. & curat. c. 22. num. 6. vers. maximè quia ex ea inquisitione*.

Secundo inuestigandum venit, an eligendus polleat sufficienti iudicio, & pru-

prudentia ad regendos pupillos, eorumque bona administranda, vnde fatui, amentes, & furiosi sunt excludendi ab hoc munere, cum etenim apti nô sint ad regendos se ipsos, & sua, nec apti videntur ad regendos alios, seu aliena, & licet *sub hoc eodem titulo prænot. 6. assert.* 10. diximus, quod testamento possit dari tutor furiosus, ita tamen vt exercitium eiusdem referatur ad tempus post sedatum furorem, in quo casu interim alius datur tutor iuxta textum *in l. furiosus, & l. penult. ff. de tutel.*, hoc tamen locum non habet in tutela datiua, cum Iudex nequeat dare tutorem sub conditione, & in diem, prout infra latè probabimus.

19 Fatui, amentes, & furiosi, & non pollentes sufficiēti iudicio reijciuntur.

Tertio inuestiganda erit ætas eligendi, si etenim fuerit minor 25. annis non erit admittendus *Montanus de tut. & curat. c. 23. num. 28.*, *Ioannes Gutierez eod. tit. part. 1. c. 7. num. 18 Glosa in l. tutela in verb. ætatis ff. de tutelis*, *Angelus cons. 172.*, *& in l. fin. C. de legit. tut.*, quod clarissimè deducitur ex textu *in §. item maior Instit. de excus. tut.*, & si minores, per ea, quæ docuimus supra *prænot. 6. assertione prima*, excluduntur a tutela testamentaria, a fortiori videntur excludendi à datiua. Intellige tamen, si minor fuerit tutor testamentarius, quod non sit admittendus ad exercitium tutelæ, admittatur tamen quoad substantiam.

20 Minores etiam sunt reijciendi.

Quarto inuestigandus est sexus, si etenim fuerit fæmina (si excipias Matrem, & Auiam) erit excludenda *Montanus loc. cit. num. 27.*, *Corneus cons. 164. nu. 2. lib. 4.*, & expresse habetur *in l. fin. ff. de tutel.*, vbi dicitur, quod tutela virile munus est, non fæmineum.

21 Fæminæ excepta Matre, & Auia sūt excludendæ.

Quinto consideranda est conditio; si etenim fuerit seruus, nequit per Iudicem tutor constitui per ea, quæ docet *Montanus loc. cit.*, & licet dictum fuerit supra *d. prænot. 6. assert. 3.*, quod seruus in testamentu Patris possit filiorum eiusdem tutor constitui, hoc ideo euenit, quia Pater actu præuio intelligitur illum à seruitute liberare, prout docent *Glos. in §. 1. Instit. Qui testam. tut. dar. pos. in exposit. casus*, *Montanus c. 9. num. 16. & seqq.*, & habetur *in l. in seruuli C. qui dare tut. vel curat. pos.*, Iudex autem seruo nec tacitè, nec expressè libertatem dare potest, ideo &c.

22 Item serui, quia tales sut.

Sexto consideranda est valetudo; si etenim quis fuerit taliter ægrotus, vt negotijs, rebusque suis superesse non possit, tutor dari non poterit, quia minus poterit superesse alienis. Sed, an hoc intelligendum sit de ægrotante morbo perpetuo, an verò etiam temporaneo? Ioannes *Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 20. num. 22. & 28.* sentit, hoc intelligi debere solummodo de morbo perpetuo, nam in temporali interim datur curator iuxta *glos. in §. item propter aduersam valetudinem Instit. de excus. tut.* E contra *Glosa in l. 1. C. qui morbo se excusant, & ibi Salicetus, Aret. in §. item propter aduersam valetudinem Instit. de excusat. tut.*, *Marianus Socinus cons. 59. num. 35. lib. 3.* asserunt, quod aduersa valetudo, qua quis suis rebus superesse non potest ipsum reddat ipso iure inhabilem, ita vt etiam volens dari non possit; asserunt tamen, quod, si susceptioni tutelæ aduersa valetudo superueniat, excuset à suscepta. Sed cum hic versemur in datione tutoris per Iudicem, qui dare nequit sub conditione, & in diem, assererem sic laborantem dandum non esse, de qua re infra.

23 Item ægroti, qui nequeunt rebus suis superesse.

Septimo consideranda est qualitas eiusdem tutoris; si etenim hic suo vitio pauper factus fuerit, vel inimicus sit pupilli, & parentis eius, quantumuis se non excusauerit, à Iudice repellendus est *Marianus Socinus cons. 59. nu. 39. & seqq. lib. 3.*, hocque clare habetur *in l. in confirmando ff. de confirm. tut.*, *& in l. 3. §. si tutor ff. de suspect. tut.*, qui enim res suas custodire neglexit, minus aptus præsumendus est ad custodiendas alienas, nec benè gesturus præsumitur negotia pupilli, cui est inimicus, vel fuit eius parenti.

24 Item pauperes ex sua culpa, & inimici pupillorum.

Octauo consideranda sunt vitia corporis; nam, si fuerit cæcus vtroque oculo orbatus, tutor dari non poterit *Montanus de tut. & curat. c. 23. num. 40.*, *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 20. n. 21.* per textum *in l. luminibus C. qui dari tut.*, *& l. etiam 2. ff. de auctor. tut.* Dixi, *si vtroque oculo orbatus fuerit*, nam, si vnicum tantum amiserit, poterit simplicitèr dari per textum *in l. frater C. de excusat. tut.*, & item, si fuerit tantum visus debilitatus, prout notat *Natta in repet. l. hac consultissima §. ex imperfecto nu. 34. C. de testam.* Idem intelligendum est de muto, qui sit penitus elinguis, prout habetur *in l. 1. §. mutus ff. de tut.*, addita etiam ratione, quia auctoritatem præbere non potest, quod idem habetur *in l. fin. ff. de legit. tut.* Dixi, *si sit penitus elinguis*, nam, si fuerit balbus, vel lingua, quoquo modo hęsitet tantum poterit dari, vt notat *Montanus de tut. & curat. c. 9. num. 35. vers. quæ tamen intelligenda sunt.* Idem intellige de Surdo, qui verè sit talis per textus supra allegatos de muto.

25 Item cæci vtroq; oculo, & penitus elingues.

Item Surdi.

Nono consideranda est qualitas debitoris, vel creditoris in ordine ad pupillum, si etenim quis fuerit debitor, vel creditor pupilli est à Iudice a tutela repel-

pel-

pellendus. *Montanus de tut. & curat. c. 23. num. 26., & latius, Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 20. num. 2. & seqq.*, hocque videtur clare haberi *in auth. vt fine prohibitione in princip.*, & *Nouella Iustiniani 94.*, vbi solum Matri, & Auiæ, si fuerint debitrices pupillorum, permittitur, posse tutelam filiorum, & nepotum assumere.

26 Item debitores, & creditores pupillorum excepta Matre, & Auia.

Decimo considerandum est, an eligendus habeat bona indiuisa cum pupillis; si etenim ita habeat, est à tutela reijciendus *Glosa communiter approbata in l. quod res C. de excus. tut.*, quia in tali indiuisione resultat quoddam quasi creditum, & debitum, cum oriatur quidam contractus producens obligationem, & actinucm communi diuidendo per ea, quæ attigimus supra *prænot. 6. assert. 6. vers. Dixi testamento*; ex quo capite debitoris resultat, quod fideiussor debitoris pupilli non possit esse eiusdem tutor. *Angelus in auth. vt hi qui oblig. se perhib. habere res min. in fin. princip.*, *Iason in l. 1. num. 49. ff. si cert. pet.*, & *ibi Decius in prima lectura num. 30.*, & *Curtius Iun. num. 80.*, & ratio est manifesta, quia eo ipso fideiussor, ex quo accessit pro debitore pupilli, in eiusdem pupilli fauorem intelligitur cōstitutus quodamodo eius debitor per textum *in l. & magis ff. de solut.* Hac eadem ratione, si filius eius, qui fortè esset eligendus ad tutelam, sit debitor, vel creditor pupilli, & Pater fuerit vsufructuarius bonorum filij, non posset hic Pater eligi ad tutelam eiusdem pupilli *Molina de iust. & iur. tract. 2. disp. 221.*, vbi alios allegat, quia, cum ipse sit vsufructuarius bonorum filij vel debitoris, vel creditoris, computatur quodamodo tamquam debitor, vel creditor eiusdem pupilli, quod tamen intelligendum non est, si non esset vsufructuarius *Ioannes Gutierez de tut. & curat. c. 20. num. 10.*

27 Item, qui habent bona indiuisa cum pupillis.

Ab hac regula, quod scilicet creditor, & debitor pupilli non possit esse eiusdem tutor, excipitur casus, quo esset debitor, vel creditor in modica quantitate *Glosa in d. auth. vt hi qui oblig. in princip. verb. gerens obligatum*, *Baldus in l. cum in co nu. 2. ff. de pact.*, *Antonius Piaggius de tut. & curat. q. 3. num. 19.*, *Caldas Pereira de restit. in integ. secunda part. pag. 1131. vers. extenditur*, & ratio est, quia creditores, & debitores pupilli ideo excluduntur ab eius tutela, quia potest esse præsumptio, quod, si administrarent bona eiusdem pupilli, ex motiuo illius crediti, & debiti in eisdem bonis essent damnum illaturi, quæ ratio non potest habere locum, quando creditum, & debitum est in modica quantitate, quia tunc non est considerabile, nec potest esse fundamentum talis damni, quod impediat assumptionem tutelæ.

28 Excipe nisi fuerit creditor, vel debitor in modica quantitate.

Sed, cum dixerimus excipiendo ab eadem regula, quod mater, & auia, quantumuis essent debitrices, vel creditrices filiorum, & nepotum pupillorum etiam durante debito, vel credito in sua natura, possint eorundem tutelam assumere, oritur hic difficultas, an idem dicendum sit de Patre, & Auo paterno, & materno? Quoad Patrem, & auum paternum in telligo dubium procedere in casibus, in quibus pater potest esse tutor, vel curator filiorum, puta, quia sint emancipati. Affirmatiuè respōdendum est, tam quoad patrem, & auum paternum, quam quoad maternum *Glosa in auth. ad hæc C. quando mul. tut. offic. fung.*, *Ioannes Gutierez de tut. & curat. c. 20. num. 11.* *Glosa in auth. vt sine prohibitione mater coll. 7.*, & hoc propter affectionem, quæ considerari potest in eisdem erga pupillos, quę euacuat omnem suspicionem. Sed, an hoc idem dicendum sit quoad fratrem, an scilicet, si sit creditor, vel debitor alterius fratris pupilli, possit admitti ad eius tutelam? Negatiuè respondendum est, quia non tantus amor supponitur in fratre, quantus in patre, & matre, auo, & auia siue paternis, siue maternis, & frater ad fratrem quoad hoc munus computatur vt extraneus *Gutierez loc. cit.*, qui, quamuis loquatur de aliorum mente, satis tamen indicat, & hanc esse suam.

29 Excipe item Patrem, & Auiam paternū in casibus, in quibus possunt esse tutores.

Vndecimo considerandum venit, quænam ciuilis concordia sit inter pupillum, & personam eligendam in tutorem; si etenim inter ipsos lis fuerit intentata, persona illa non debet eligi, nec admitti in tutorem. *Gregorius Lopez in l. 14. in glos. Deudores in princip. tit. 16. part. 6.*, *Molina de iust. & iur. tract. 2. disp. 221.*, qui, dum dicunt, quod, si ante tutelam delatam iam lis fuerit excitata, etiam si lis non fuerit de re magna, litigans contra pupillum non sit admittendus ad tutelam, quia magnum videtur ex eo, quod sit de eo lis inter partes, vtique dicere debent, quod ex lite intentata oriatur impedimentum, ne litiganti tutela pupilli deferatur. Ratio autem ex eo deducitur, quia, cum ex vi tutelæ teneatur defendere pupillum, eiusq; bona, non est præsumendum, quod dum agitur de propria causa contra eundem pupillum, sit illum defensurus, quin potius, cuncta sit in proprium fauorem conuersurus. Adde, quod lites vt plurimum, sunt causæ auersionis animorum, iurgiorum, & similium; non expedit

30 Item sunt excludentes litem contestatam cum pupillis.

dit autem pupillos habere tutorem aduersantem.

31 Intelligẽ potissimũ si lis fuerit in magna quãtitate.

Hic oritur difficultas, an, si lis fuerit super modica summa, adhuc litigans sit à tutela remouendus? Ioannes *Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 20. n. 14.* sentit, quod non sit à cura, & tutela suscipienda remouendus, si lis non fuerit de omnibus bonis, & de hæreditate, quod probat per textum *in §. item propter litem Inst. de excus. tut.* Sed hic textus, cum procedat solummodo, quando ipse tutor se excusat à susceptione, vel ipse agit de dimissione, non crederem trahendum ad casum, quo esset à Iudice deputandus, cum Iudex debeat in hoc caute procedere, ne detur locus potius perditioni, quam tuitioni; nisi fortè alia concurrerent, quibus non obstante illa lite expediret potius, vt ipsi tutella, quam alijs conferatur.

32 Iudæus non est dandus tutor pupillo catholico.

Duodecimo, considerandum est, cuius Religionis, & fidei sit eligendus in tutorem; si etenim fuerit Iudæus, non potest dari tutor pupillo catholico *Bartolus in rub. n. 2. ff. de iust., & iure, Coarruuias in Clement. si furiosus prima part. relect. §. 2. nu. 7. in verf. sed quæritur, an Iudæus de Homicid., Ioannes Orascus in d. rub. ff. de iust., & iur. n. 7.*, & hoc iure quidem optimo inductum est, ob periculum, ne pupillus prauis moribus, & Iudaicis superstitionibus inficiatur; cum etenim regulariter inter tutorem, & pupillos adesse soleat frequens consuetudo, & maxima familiaritas, potest esse vehemens præsumptio, quod pupilli, vtpotè faciles impressionis versutijs tutoris in pertinentibus ad fidem, & mores decipiantur, & si Christianis cum Iudæis interdicta est frequens communicatio, & vicissitudo per textum *in c. ad hæc, & in c. nullus 28. q. 1.* non video, cur non sit interdicenda inter eosdem Iudæos, & pupillos, qui facilius subduntur deceptionibus; Nec obstare potest textus in *l. Spadonem §. iam autem, & ibi Glosa verb. non Iudæorum ff. de excus. tut.* Ibi, *Iam autem, & Iudæi non Iudæorum tutores erunt, sicut, & reliqua administrabunt*; quod idem videtur asserere *Vulpianus in l. 3. verf. eos, qui Iudaicam superstitionem ff. de Decurion.*, vbi sic habet, *Eos, qui Iudaicam superstitionem sequuntur, Diui Verus, & Anton. honores adipisci permiserunt, sed & necessitatem eis imposuerunt, quæ superstitionem eorum non læderent.* Non, inquam, obstare potest, quia illa iura antiqua fuerunt correcta per posteriores leges Codicis, & per Pontificias sanctiones; postquam etenim fides Christi Domini in orbe terrarum florere cæpit, ab huiusmodi muneribus fuerunt

Soluuntur ratio nes contrariæ.

reiecti Iudæi, eo quod iura reputarunt eorum familiaritatem cum Christianis per iura allegata, & per *l. fin. C. de Iudæis* perniciosam, & noxiam, qui enim inimici sunt capitis, non possunt præsumi beneuoli eius membris.

Hac eadem ratione, qua excluduntur Iudæi à tutela, & cura Christianorum, arbitror excludi etiam reliquos infideles propter idem periculum subuersionis ex motiuo nimiæ familiaritatis, quam inducit munus tutelæ, & licet de ijs in iuribus non fiat expressa mentio, sicut de Iudæis, ex paritate tamen rationis, & isti in prohibitione intelligi debent inclusi. 33

33 Etiam alij infideles repellendi sunt à tutela pupillorum catholicorum.

Tertiodecimo considerandum venit, an eligendus communicet cum Ecclesia, nec ne? Si etenim fuerit excommunicatus publicè denuntiatus, vel etiam ob publicam, & notoriam percussionem Clerici absque denuntiatione nequit in tutorem admitti *Phylippus Decius in c. in tellleximus nu. 56. de iudicijs, Lanfrancus in c. quoniam contra nu. 17. de probat., Antonius Pragius de tut., & curat. q. 3 num. 26., Ioannes Gutierez de tut., & curat. c. 20. nu. 23.*, prohibita enim est cum hoc cõmunicatio, adeoq; non potest interponere auctoritatem, Dixi, *si fuerit excommunicatus publicè denuntiatus, vel publicus Clerici percussor etiam sine denuntiatione*, nam, si fuerit quidem excommunicatus, sed non denuntiatus nominatim, nec publicus Clerici percussor, sicuti non prohibetur communicare, ita nec prohibetur tutor constitui *Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 20. n. 23.*; Neque quoad id, quod excommunicatus nominatim denuntiatus non possit dari tutor, obstant ea, quæ dicta sunt supra sub hoc eodem tit. *pranot. 6. assert. 12. verfic. hic solum oritur*, nempe, quod tutor testamento datus non sit inualide datus, sed quod tantum possit incipere administrationem, & exercitium tutelæ cessante excõmunicatione; Non, inquam, obstant, quia diuersa est ratio de tutore dato per testamentum, ac de tutore dato per Iudicem, quandoquidem hic non potest dare sub conditione, neque in diem, ita infra latius videbimus.

34 Excõmunicatus publicè denuntiatus, & publicus, Clerici percussor est repellendus.

Non sic, si non fuerit denuntiatus.

Quartodecimo considerandus venit status, in quo eligendus reperitur; si etenim fuerit Clericus Ecclesiasticis ministerijs addictus arcetur à tutela, prout scribunt *Montanus de tut., & Curat. c. 23. n. 37., Carolus de Graffis de effect. Cleric. effectu 16. per totum, Rota Romana in vna Romana tutelæ Lunæ 18. May 1609. coram Manzaneda*; & ratio deducitur ex ijs, quæ habetur *in §. Deo amabiles auth. de* San-

35 Clericus Ecclesiasticis ministerijs addictus arcetur à tutela.

Sanctiss. Episcopis, & ratio id rectè suadet, quandoquidem status huiusmodi Clericorum Ecclesiasticis ministerijs addictorum non compatitur cum assiduis curis tutelæ gerendæ. Recole, quæ latè dicta sunt *sub hoc eod. tit. prænot. 6. assere. 5. per totum*. Quod, si dicatur,

36 Non tamen à tutela legitima, & quare.

quod Clerici, & Sacerdotes non arceantur à tutela legitima, adeoq; neque possint arceri à datiua, nam æquè per vtrāque impediuntur à muneribus sacris, vndè vel ab vtraq; sunt arcendi, vel à neutra; Statim erit impugnatio, quia quoad legitimam hoc ex benigna legum indulgentia concessum est ob strictam legem agnationis, cognationis, & sanguinis, quæ adeo indita est humanis cordibus, vt vix videatur posse auelli.

Ratione eiusdem status miles tutor dari non potest *Montanus de tut., & curat. c.23.n.36., Gutierez eod. tit. part. 1. c.20.*

37 Item arcetur miles.

n.20. per textum *in l. ab administratione C. de legat., & in l. militiæ armatæ C. qui dar. tut., & cur.*, & ratio in promptu est, quod incompatibile munus est tutelæ cum militia, nec idem vtrique potest simul incumbere, quandoquidem militia exigit fixam stationem sub vexillis, promptitudinem accurrendi non interposita mora; quocunq; miles aduocetur, exercitium in armis, & alia huiusmodi, cum quibus stare non potest, vt idem sedulò incumbat negotijs, & curis pupillorum, administrationi bonorum eorumdem; propter quam rationem arcentur milites esse conductores rerum alienarum, Procuratores *l. milites C. locati*, Negotiatores, & Mercatores *l. unica C. Negotiatores, ne militent lib. 12.* Procuratores ad lites *l. militem C. de procur., & l. filius familias §. veterani eod. tit.*

Quintodecimo, considerandum venit, an bona habeat obligata præcipuè

38 Habens bona obligata fisco arcetur ab hoc munere.

cum Fisco; tunc etenim videtur arcendus à munere tutelæ, quandoquidem, cum eius bona sint fisco obligata, non videtur benè prospectum per illius dationem, indemnitati pupillorū; quamobrem primo arcentur Curiales a tutela etiam illustrium personarum, per textū *in l.2. C. de tut., & Curat. Illust., & ibi Glos.*

Item curiales.

Secundo coloni Principum, nec alij priuilegiati ob eandem causam dari possunt per textum *in l. antepenult., & ibi Glos. ff. de confirm. tut., & l. fin. C. qui dar. tut.* Sed an hoc procedat solummodo

39 Coloni Principū, siue rei priuatæ, siue rerū fiscaliū.

quoad colonos rei priuatæ Principis, an vero etiam quoad colonos rerū fiscaliū? Glosa *in d. l. fin. C. qui dar. tut.*, videtur sentire, procedere dumtaxat quoad colonos rei priuatæ Principis, non quoad colonos rerum fiscalium, hocque probat per textum *in l. coloni C. de excus. tut.*, vbi sic legitur: *Coloni, idest conductores prædiorum ad fiscum pertinentium hoc nomine excusationem à muneribus ciuilibus non habent, adeoq. iniunctæ tutelæ munere fungi debent.* Ex aduerso *Gutierez de tut., & curat. part. 1. c.20. nu.16.* arbitratur extendi ad quoscunque, seu ad vtrosque Principis colonos, quia quoad vtrosq; militat eadem ratio prohibitionis, cum in vtroq; casu vrgeret damnum pupilli, cum res tutoris obnoxiæ essent Principi; vndè respondendo ad textum in *d. l. coloni*, asserit cum *Gregorio Lopez in l. 14. in Glos. obligado al Rey*, illum textum procedere, quando conductor prædij fiscalis nihil ex hoc deberet fisco, vel Regi. Quid iam in hoc concludendum? Arbitror in vtroque casu, colonū Principis dari posse tutorem pupillis, quia in vtroque casu militat ratio prohibitionis mox allegata; & ad textum *in d. l. coloni*, eandem responsionem adhibeo, quam adhibēt mox allegati DD, quibus etiam adhæret *Molina de iust., & iur. tract. 2. disp. 221.*, nisi fortè dicere velis cum *Glosa in d. l. fin. in verb. patrimonialem C. qui dar. tut.*, quod textus *in hac l. fin.* prohibens colonis Principum dationem tutelæ procedat de colonis perpetuis; textus verò *in d. l. coloni C. de excus. tut.* procedat tantum de colonis temporaneis, qui possunt se remouere à cultura; sed hæc responsio vix videtur posse subsistere, cum etiam, si fuerit colonus ad tempus, habeat sua bo- 40

Item conductores vectigaliū, & gabellarū.

na fisco, seu Principi hypothecata, & obligata, quod redundat in damnum pupilli. Tertio, conductores vectigaliū, & Gabellarum ex eadem causa videntur a munere tutelæ arcendi, per textū *in l. unica C. ne tut. vel cur. Curat. vectig. cōduc.*

Sed circa huiusmodi conductores vectigalium, & gabellarum possunt tres casus distingui; vel etenim tutor, vel curator post susceptam curam, & tutelam intenderet conducere gabellas, & vectigalia, vel post conductionem ga- 41

Si post susceptā curam, & tutelam velit conducere gabellas, est ab eisdem gabellis repellendus.

bellarum, & vectigalium intenderet tutelam assumere, vel finita tutela, nec adhuc reddita ratione conduceret vectigalia, & gabellas. Si post susceptam curam, & tutelam velit conducere gabellas, & vectigalia, est repellendus, ne eadem, seu easdem conducat, & hoc dicit expressè textus *in d. l. unica C. ne tutor., vel curat. vectig. cond.* Si ante vectigalia, & gabellas conduxerit, & deindè tutelam velit accipere, videtur absolutè repellendus a tutela, & hic est casus, quo mox diximus, conductores gabellarum non esse à Iudice dandos in tutores pupillorum ob eam rationem, quod hoc

V cederet

cederet in damnum pupillorum, cũ bona huiusmodi tutorum essent iam obnoxia fisco, & Principi, & licet in eodem

42 textu *in d. l. vnica*, hoc non dicatur expressè, sed tantum asseratur. *Cum autem fisco iam te obstrictum, postea tutorem esse factum dicas, periculo te excusare poteris*, quæ verba certè non indicant esse à tutela remouendum, sed solum asserunt, se posse excusare à periculo falsi, hoc tamen recta ratione infertur, propter rationem adductam. Si tandem finita tutela, & non reddita ratione administrationis vectigalia, & gabellas conduceret, pœnam falsi incurreret, vt notat *Baldus in d. l. vnica C. ne tutores, & curat. vectig. conduc.*, eo quod bona sua pluribus

Si post conductas gabellas velint tutelam, ab hac sunt repellendi.

43 insolidum obligat, quod est speciale in hac materia, nam in alia crimen stellionatus committitur, per textum *in l. 3. ff. de crimin. stellion.*, vel dicas *cum Glosa in d. l. vnica in verb. falsi crimine*, ideo falsum committere, quia conducendo vectigalia videtur implicitè dicere, se non esse tutorem, vel ex ea causa non teneri, quod falsum est.

Si finita tutela, & non reddita ratione cõducat gabellas pœnam falsi incurrit.

Sextodecimo considerandum venit patrimonium, seu facultates eligendi; si etenim fuerit facultatibus destitutus, adeout non possit satisdare, certè non

44 erit ad tutelam admittendus, vt docet *Paulus Montanus de tut., & curat. c. 25. regul. 5. n. 13.*, & licet dicatur, quod in tutoribus fides, & diligentia potius, quam opes, & fortunæ sint requirendæ, cum tutor non cogatur quidquam ratione tutelæ, de suo erogare, nec egenum de suo alere compellatur, per textũ *in l. ius alimentorum §. sed si egent, ff. vbi pupil. educ.*, & quod diuitiæ probum quem non efficiant, sed potius improbum, & propterea paupertas potius probum, quam improbum constituat; licet, inquam, hæc dicantur, non obstant tamen ijs, quæ nos hic statuimus; nam non ideo nos excludimus à tutela pauperes, quia non habeant, quo pupillos ex suo alant, sed quia potest esse suspicio, quod, cum ipsi nõ habeant, quo se ipsos, & suos commodè alant, freti auctoritate tutoris accipiant de bonis pupilli, vt sibi, suisque subueniant, & licet fides, & diligentia tutorum maximè sit consideranda in ipsorum electione, paupertatis tamen consideratio non est excludenda ob eandem suspicionem, nisi aliundè clarè constet attenta qualitate personæ eligendæ nullam posse subesse suspicionem de mala administratione, in quo cautè, & attentè debent Iudices procedere. Deinde, quamuis non esset excludendus ex causa suspicionis, excludendus tamen

Si fuerit facultatibus destitutus, & non potest satisdare, est repellendus.

Reijciuntur rationes contrariæ.

foret ex defectu satisdationis, cum ob paupertatem non habeat, quo possit satisdare, prout requiritur à iure. Quod, si supponamus, quod non obstante propria inopia inueniat fideiussorem idoneum, qui pro eodem accedat, & ex alio 45 capite constet de ipsius fide, bonitate, & diligentia, tunc non renuerem concedere, posse à Iudice dari in tutorem, eo quod nullum posset subesse periculum damni, nec quoad personam, nec quoad bona pupillorum. Sed, si obijciatur, quod hac ratione etiam coloni Principis, & conductores gabellarum, & vectigalium possent in tutores pupillorũ dari, si idoneas cautiones præberent in susceptione eiusdem tutelæ, quandoquidem præcipuè ratio, ob quam eos exclusimus, illa fuit, quod, cum habeant bona obnoxia fisco, & Principi, non haberent, quo pupillis satisfacerent, si ad aliquid tenerentur ex administratione, quæ ratio cessaret, si congruas cautiones præstitissent; statim respondebimus, quod iura magis videantur fidere in paupere fideli, & diligenti, qui satisdationem præstiterit, quem propterea tanquam suspectum non reijciunt, vt vide re est *in l. suspectum ff. de suspensis tutor. §. fin. instit. de suspect. tut.* quam in colonis, & conductoribus gabellarum, quos excludunt, vt habetur *in l. antepenult., & ibi Gloss. ff. de confir. tut., & in l. fin. C. qui dar. tut.*, vndè, cum considerent magis expedire pupillis rem suam saluam fore, quam tabulas cautionis habere, vt *in l. suspectus ff. de suspect. tut.*, licet a paupere fideli, & diligẽti exigant satisdationem, apud ipsum habent pro cautiore rem pupilli, quam apud huiusmodi colonos, & conductores. Adde etiam, quod præsumitur magis saluum futurum patrimonium pupillorum apud pauperem diligentem, & fidelem, quam apud huiusmodi Principum colonos, & conductores, eo quod ille non alijs rebus obstrictus potest magis vacare illius indemnitati, & incolumitati, quam isti, qui vacare debent exactionibus gabellarum, seu vectigalium.

Si possit satisdare, & esset fidus non est repellẽdus.

Soluũtur nonnullæ rationes contrariæ.

Sed quid dicendum erit de eo, qui post susceptam tutelam factus est pauper, an tunc erit à tutela remouendus? Negant *Tortius in §. suspectus instit. de suspect. tut.*, *Paulus Montanus de tut. & curat. c. 25. reg. 5. num. 13.*, quod videtur colligi *ex d. l. suspectum ff. de suspect. tut.* Congruentius tamen foret, quod, tunc eidem adiungeretur curator facultatibus pollens per Iudicem, vt videtur colligi *ex l. piectatis C. de suspect. tut.* Exciperem tamen in casu, quo ex propria culpa, & incuria esset facul-

46 *Si post susceptã tutelam fieret pauper secundum aliquos non essec remouendus.*

47 *Congruentius illi addendus esset curator.*

facultatibus lapſus; ſi etenim negligens fuit in proprijs cuſtodiendis, quomodo poteſt præſumi diligens in cuſtodiendis alienis? & ſi domui ſuæ præeſſe neſciuit, quomodo alienæ diligentiam habebit?

48 Maritus non eſt dandus curator vxori minori.

Decimoſeptimo conſiderandum eſt, cui ſit dandus tutor, vel curator; ſi etenim maritus dandus eſſet curator propriæ vxoris minoris, vtique non eſſet admittendus per textum *in § ydem reſcripſerunt iuncta Gloſa ibid. Inſtit. de excuſ. tut. & l. maritus C. qui dar. tut. poſ.*, *Molina de iuſt. & iur. tract. 2. diſp. 221.*, *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 20. nu. 25. & 30.*, addita ratione, quia, ſi vir malè gerat negotium vxoris, vxor propter affectionem ei remitteret, hocque clarius elucet *ex l. 2. C. qui dare tut.* Ibi *Attamen curator ei creari non poteſt*, quæ verba, vt ſubdit *Gutierez loc. cit. num. 31. verſ. ex quibus iuribus* ſunt prohibitiua ob damnum minoris euitandum, non verò ſunt dicta præcisè in fauorem mariti, quatenus poſſit ſe excuſare.

49 Non prohibetur tamen, ſi datur curator ad litem pro priæ vxori.

Quamuis autem maritus non poſſit conſtitui ſimplicitèr curator ſuæ vxoris minoris, non prohibetur tamen dari curator ad litem vxori ſuæ, prout notant *Baldus in l. 1. in fin. ff. de excuſ. tut.*, *Gregorius Lopez in l. 3. Gloſa fin. tit. 17. partita 6.*, *Gutierez loc. cit. num. 32.*, quia tunc ceſſat ratio prædictorum iurium.

50 Sententia docens vitricum poſſe tutorum ſuorum priuignorum.

Sed, an ex hoc eodem capite, quo maritus prohibetur eſſe ſimplicitèr curator vxoris ſuæ minoris, prohibeatur etiam vitricus eſſe tutor ſuorum priuignorum, ſeu filiorum vxoris ex alio matrimonio, difficultas eſt maximè controuerſa apud DD. Prima ſententia docet, vitricum poſſe eſſe tutorem ſuorum priuignorũ, hancque ſuſtinent *Gloſa in l. fin. C. Arbit. tut.*, *Speculator in tit. de tut. §. nunc videndum num. 4.*, *Cranetta conſ. 190. num. 7.*, *Menochius lib. 2. de arbitr. cent. 2. caſ. 151. num. 4.*, *Curtius Iun. conſ. 94. num. 7.*, *Cuiacius lib. 6. obſeruat. c. 29.*, *Caldas Pereira in l. ſi curatorem habens num. 110. verſ. quoniam verum C. de in integ. reſtitut.* Hi tamen fere omnes ſuſtinent, quod, quamuis vitricus poſſit eſſe tutor, non tamen priuigni debeant apud ipſum educari per textum *in l. 1. C. vbi pupill. educ. deb.*

51 Non tamen priuignos poſſe apud ipſum educari.

Pro hac opinione plura iura allegant; Primo textum *l. fin. C. de contrar. iudic. tut.*, vbi, cum dicatur, quod, quando vitricus, qui adminiſtrauit tutelam priuigni ſui, ſi ſimul cum filio ſuo priuignum inſtituerit hæredem, pro illa parte, ad quam priuignus pupillus ſuccedit vitrico tutori extinguatur actio tutelæ, & non pro parte, in qua non ſuccedit, vtique ſupponit, quod vitricus valide tutelam adminiſtrarit. Secundo textum *in l. mater pupillæ C. de interd. matrimon.*, vbi dicitur, quod inter matrem pupillæ, & eius tutorem non eſt prohibitum matrimonium, vbi in rubro legitur, *& loquitur expreſsè hic, quod vitricus poſſit eſſe tutor priuignæ ſuæ*, quod etiam repetit ibidem Gloſa per textum *in d. l. fin. C. de contrario iud. tut.* Tertio textum *in l. nonnunquam ff. de adopt.* Ibi- *Nam Imperator Titius Antoninus reſcripſit priuignum ſuum tutori adoptare permittendum*, cum enim dicat vitricum, vt tutorem poſſe adoptare priuignum, vtique etiam ſupponit poſſe validè eſſe tutorem.

52 Sententia docens vitricum, quamuis a Matre nominatum non poſſe eſſe tutorem priuignorum.

Secunda ſententia docet, vitricum, quantumuis ab eorum matre nominatum non poſſe eſſe tutorem priuignorũ ſuorum; atque hanc ſuſtinent Ioannes *Gutierez de tut. & curat. prima part. c. 8. num. 77. verſ. Ego quidem cenſeo Gloſ. 2. ad fin. C. vbi pupil. educ. deb.*, *Caualcanus in tract. de tut. & curat. num. 289.* Rationes plures pro hac opinione adducunt, primo, quia ipſe Mater conuolans ad ſecunda vota ipſo iure priuatur tutela filiorum per ea, quę docent *Fontanella de pact. nupt. clauſ 5. gloſ. 8. part. 11. nu. 8.*, *Sanchez de matrim. lib. 7. diſp. 88. num. 4.*, *Ioannes Angelus Boſſius de matrimon. contract. c. 11. num. 268.*, & expreſsè colligitur ex textu *in auth. vt ſine prohibitione verſ. propterea igitur col. 7., & in l. fin., & auth. Sacramentum C. quand. mul. tut. offic.*, & ratio id ſuadet, quia vehemens, & efficaciſſima præſumptio eſt, quod mater ſic ſecundo nubens ob amorem erga ſecundum maritum ſit illorum bona in commodum eiuſdem cum illorum iactura profuſura, ergo à fortiori nouus maritus non poterit eſſe tutor ſuorum priuignorum, cum in eo militet eadem, & maior ratio prohibitionis; ſecundo quia communiter, & pro recepto habent DD., quod priuigni non ſint educandi apud vitricum ob periculum, & ſuſpicionem, ne eorum vitæ inſidietur, ergo nec eidem in commiſſione tutelæ erunt pupillorum bona demandanda militante præſumptione, quod poſſit eadem in proprium commodum profundere.

Rationes pro hac ſententia.

53 Sententia docens poſſe eſſe teſtamentarium, & non datiuum.

Tertia ſententia docet, quod vitricus poſſit quidem eſſe tutor teſtamentarius, quatenus ille fuerit a Patre tutor datus in teſtamento, qui poſtea duxerit vxorem eius, non autem datiuus; atque ita nonnulli innominati ſentiunt apud Gloſam *in l. 1. in verb. ſi non vitricum C. vbi pupil. educ. deb.*, quorum rationem eam arbitror eſſe, quia per Patrem videtur approbata fides illius, & eiuſdem induſtria electa, quæ non videtur abrogari ex

eo, quod postea duxerit eiusdem vxorem.

Sententia docens posse esse, quando concurrit consensus parentũ.

Quarta senteotia docet, tuoc vitricum
54 posse esse tutorem, vel curatorem, quando cum matris nominatione concurreret consensus pareotum, vel tutorum testamentariorum *Boerius decis. 124. nu. 12. in fin., Baldus in auth. eisdem pænis vers. sed pone, quod ista Mater vult exeludere C. de secundis nupt.*, & ratio ea potest esse, quia illa approbatio, & consensus pareotum tollit illam suspicionem, qua vitricus possit fraudare priuignos. Quid iam in hoc concludendum?

Sententia auctoris docens regulariter vitricum non esse admittendum.

Nunquam consulerem, dandum esse
55 tutorem vitricum etiam ad nominationem, & petitionem Matris, nisi simul in eodem concurrereot tot præsumptiones, & qualitates pupillis fauorabiles, quot arbitrio Iudicis ex diligeoti inquisitiooe præponderarent illi suspicioni, quod possit bona pupillorum io proprium commodum conuertere. Ratio est, quia illa suspicio fraudationis futuræ est manifesta iuris præsumptio, vt probant *Raphael, & Modernus in l. omnẽ C. ad Tertul.*, adeout aliqui asserant, nec testatorem posse remittere hanc præsumptionem per textum *in l. conuenire ff. de pact. dotal. & in l. si vnus §. illud ff. de pact.* vbi *Paulus de Castro* vult dolum præsumptum remitti non posse, sicuti oec potest remitti verus; ex quibus euincitur aduersus id, quod dicebatur in tertia sententia, quod tutor etiam testamento datus sit remouendus, si nubat cum vxore eiusdem testatoris. Hæc tamen præsumptio potest contrarijs validioribus præsumptionibus tolli, prout apparebit ex diligenti inquisitione, in qua tamen caute debet Iudex procedere, adeo vt non moueatur, nisi manifestè appareat de maiori pupillorum vtilitate.

Soluuntur iura opposita.

Nec iura, quæ pro prima opiniooe fuerunt allata, quidquam euincunt, quia vt beue notat *Ioannes Gutierez d. c. 8. n. 81.* illa potius factum, quam ius referunt, & factum debet præsumi, quod fuerit cum omnibus cautelis, & conditionibus iuxta ea, quæ nos exposuimus, & non aliter &c.

Tutor testamento datus est repellendus, si statum mutauerit, & quomodo.

In ordine tandem ad tutorem testamento datum, qui indigeat confirma-
56 tione, coosiderandum est, ao causam mutauerit, quatenus post testameotum cooditum, in quo est constitutus tutor, de amico factus fuerit inimicus, vel de diuite ex sua culpa factus fuerit pauper; tuoc eteoim hic non est coofirmandus, sed potius repelleodus *Bartolus, & DD. in l. tutor §. si tutor ff. de suspect. tut., Socinus Iunior cons. 59. circa primam dubitationem num. 39. lib. 3., Antonius Piagius de tut. & curat. q. 3. num. 34.*, hocque colligitur *ex l. Pater hæredi §. fin. ff. de testam. tut.*

Iudex nõ potest dare tutorem sub conditione, vel in diem.

ASSERTIO VI. Iudex non potest dare tutorem sub conditione, & io diem, sed tenetur simplicitèr dare. *Vulpianus in l. muto §. sub conditione ff. de tutel., Marianus Socin. cons. 85. num. 45. lib. 3., Montanus de tut. & curat. c. 10 num. 2. & seqq., Ioannes Gutierez eod. tract. part. 1. c. 24.*, vbi alios innumeros allegat, oosque idem asseruimus *sub hoc eod. tit. prænot. 8. assert. 1. vers. ex eo autem, & seqq.* 57

Discrimen inter tutorem à Iudice, & tutorem à testatore.

Expressè colligitur ex textu *in l. muto §. sub conditione ff. de tutel.* Quod, si dicatur, quod per testatorem possit tutor decerni sub conditione, vel in diem, vel ex die, adeoque idem videatur dicendum posse fieri à Iudice, vel à Præside; tunc pro solutione recolenda sunt ea omnia, quæ dicta sunt *d. prænot. 8. sub assertione prima per totum*, vbi fuit assignata ratio differentiæ, cur possit conditio, vel dies à testatore adijci, & non à Iudice; non eoim vacat hic repetere.

Intellige tamen de conditionibus, quę non insuot ex natura sua, vel ex dispositione iuris ipsi dationi tutelæ; si etenim Iudex adijceret cooditiones, quæ adessent, vel adesse deberent eidem tutelæ, hæ certè ipsam non vitiarent,

PRÆNOTIO XX.

De excusatione Tutorum.

SVMMARIVM.

Sensus tituli exponitur. 1.

Dantur quinquaginta dies ad proponendas causas excusationis. 2.

Propositis causis dantur quatuor menses ad peragendum negotium. 3.

Quinquaginta dies ad proponendas causas incipiunt à die scientiæ. 4.

Dies quinquaginta sufficit, si sint continui, non requiruntur iuridici. 5.

Huiusmodi conuocatio, seu propositio causarum debet esse iuridica, specifica, & indiuidua. 6.

Conciliantur varij textus iuris ciuilis. 7.

Quatuor menses ad concludendum negotium incipiunt à die nominationis, & cognitionis. 8.

Si per nominatum non steterit, quod intra quatuor menses negotium non perficiatur, protrahendum est tempus. 9.

Etiam si per Iudicem steterit, quominus perficeretur. 10.

Tutor volens producere excusationes tenetur Iudici denuntiare, vt det tutorem, vel curatorem ad illam litem. 11.

Ha-

Habens Romæ tres liberos superstites, vel in Italia quatuor, vel in prouincijs quinque potest se excusare. 12.

Sententia asserens, quod, si quis Romæ habeat tres liberos, sed vnus ex illis sit emancipatus Pater non possit se excusare. 13.

Contraria tamen est verior. 14.

Si Pater habeat vltra tres filios Romæ, alium emancipatum, & in Italia vltra quatuor, vel in prouincijs vltra quinque alterum emancipatum secundum glosam potest se excusare à cura illius emancipati. 15.

Secundum veritatem tamen non potest se excusare. 16.

Rationes, propter quas Romæ habitans excusatur ob minorem numerum liberorum. 17.

Ad legitimam excusationem non sufficit, quod quis habuerit filios in numero excusante, sed requiritur, quod habeat illos superstites pro tempore protestatæ excusationis. 18.

Si à numero præscripto filiorum ad excusationem vnus desit, qui tamen sit conceptus, & in vtero Matris existens secundum aliquos Pater excusatur. 19.

Probabilius tamen non excusatur. 20.

Si postquam Pater constitutus est tutor proles in vtero existens nascatur Pater non potest se excusare. 21.

Omnes filij in numero à iure præscripto debent esse legitimi, & naturales. 22.

Sufficit, si fuerint legitimati per subsequens matrimonium. 23.

Sententia asserens legitimatos per rescriptum Principis non tribuere sufficientem causam excusationis. 24.

Probabilius tamen excusat. 25.

Si filij propriè fuerint arrogati tribuunt sufficientem causam excusationis. 26.

Si Pater naturalis tradat filium suum in adoptionem Auo eiusdem filij siue materno, siue paterno hic auus, si habeat cum hoc filio adoptiuo alios naturales ad numerum à iure præscriptum potest se excusare. 27.

Nepotes ex filio, quando hic mortuus est, prosunt Auo ad huiusmodi excusationem. 28.

Si filij ex filio fuerint plures, secundum aliquos in ordine ad hunc effectum excusationis computantur pro distinctis personis. 29.

Congruentius tamen computantur pro vna tantum persona. 30.

Nepotes ex filia non prosunt Auo quoad hanc excusationem. 31.

Si vnus ex filijs, qui computabatur in numero filiorum ad excusandum mortuus fuerit in bello pugnando non obstante tali morte Pater excusatur. 32.

Requiritur, quod talis filius mortuus fuerit in acie pugnando, nec sufficit, si perierit in expeditione belli. 33.

Excusatur etiam quis à munere alterius tutelæ, si habeat tres tutelas, vel tres curatorias. 34.

Qui habet duas tutelas, & vnam curationem, quæ cadat sub vna ex illis tutelis non legitimè excusatur. 35.

Si habeat duas tutelas, & vnam distinctam curationem, vel duas curationes, & vnam distinctam tutelam excusatur. 36.

Explicatio textus in l. excusantur §. amplius ff. de excus. tut. 37.

Illæ tres tutelæ non debent esse affectatæ. 38.

Nec debent defunctoriè administrari. 39.

Quid veniat per ly defunctoriè. 40.

Illæ tres tutelæ debent esse onerosæ, & quomodo. 41.

Si quis habeat duas tutelas, vel curas onerosas, & simul fideiussionū pro alio tutore in ordine ad diuersam tutelam non excusatur ab onere alterius tutelæ. 42.

Si quis habeat duas tutelas onerosas, & simul duos filios non excusatur ab onere tertiæ tutelæ. 43.

Si quis habeat tres tutelas, inter quas vna sit proprij filij emancipati, excusatur ab vlteriori tutela. 44.

Si Pater habuerit tres distinctas tutelas filius existens sub eius potestate non potest grauari tutela alia. 45.

Et si filius habuerit tres distinctas tutelas, nec eius Pater potest alia tutela grauari. Ibid.

Si Pater habuerit duas tutelas, & filius vnam, vel viceuersa, vterque excusatur ab vlteriori tutela. 46.

Si Patre habente tres tutelas filius aliam administrat non voluntate Patris, Pater tenetur tantum de peculio. 47.

Si Patri habenti duas tutelas duæ aliæ superuenerint pro diuerso tempore prima superueniens excludit alteram posterius superuenientem. 48.

Si superuenerint pro eodem tempore, & ab eodem fuerint inductæ illa debet habere locum, quam declarauerit inducens. 49.

Si fuerint à diuersis inductæ recurrendum est ad superiorem, eiusque standum resolutioni. 50.

Vel locus dandus erit præuentioni quoad declarationem. Ibid.

Si habens duas tutelas, fuerit vocatus ad tertiam, à quo appellauerit, & pendente appellatione vocatus fuerit ad quartam, quarta non tenet. 51.

Si appellatio fuerit legitima iudicata subintrat quarta, secus, si appellatio fuerit reprobata, quia tunc tertia tenet. 52.

Si ex tribus tutelis, quas quis habet, altera fuerit terminata, vel per mortē pupilli, vel ob maioritatē eiusdem, & non fuerit adhuc reddita ratio administrationis, non potest illas habens se excusare ab alia tutela. 53.

Si

Si habens tres tutelas vocatus fuerit ad quartam, à qua se non excusauerit intra debitum tempus tenetur quartam assumere. 54.

Si habenti duas tutelas fuerint duæ aliæ tutelæ pro eodem tempore per duos testatores delatæ, si vtraque fuerit purè delata illa præferenda est, cuius hæreditas fuerit prius adita. 55.

Si fuerint delatæ sub conditione illa præferenda est, cuius conditio fuit prius purificata. 56.

Si vna sub conditione, altera purè, pura est præferenda. 57.

Habens tres tutelas excusatur etiam ab alia tutela fratris sui. 58.

Si quis vocatus ad tres tutelas abstinere fecerit seruatis seruandis vnum pupillum ab hæreditate Patris sui non excusatur ab alia tutela. 59.

Maior septuaginta annis potest se excusare à munere tutelæ. 60.

Sufficit, quod compleuerit septuaginta annos, quando creatus est tutor. 61.

Et si datus fuerit à testatore, sufficit, quod cõpleuerit tempore aditæ hæreditatis, &, si datus fuerit sub conditione tempore purificatæ conditionis. 62.

Sententia asserens, quando per Iudicem datus est, quod debeat compleuisse pro tempore dationis, nec sufficiat, si compleuerit tempore notitiæ. 63.

Probabilius tamen sufficit, si compleuerit tempore notitiæ. 64.

Minores 25. annis non indigent excusatione, cum ipso iure repellantur. 65.

Quamuis minor à Iudice, vel à lege datus tutor non indigeat excusatione, minor tamen datus per testamentum potest se excusare. 66.

Spadones etiam carentes vtroque testiculo nõ possunt se excusare à munere tutelæ. 67.

Idem dic de natura sterilibus. 68.

Idem dic de carentibus alijs membris, quæ non impediunt administrationem. 69.

Si quis post susceptam tutelam factus fuerit mutus, cæcus, & surdus potest se ab eadem excusare. 70.

Si post susceptam tutelam superuenerit aduersa valetudo, ita vt aptus non sit ad ministrandum potest se excusare. 71.

Pauperes impares tali munere possunt se excusare. 72.

Quandonam intelligantur impares tali muneri. 73.

Hæc tamen paupertas impar probanda est. 74.

Imperitus in legendo, & scribendo, si simul sit talis in negotijs peragendis habet sufficientem causam excusationis. 75.

Si vero sit sagax in negotijs peragendis non excusatur. 76.

Quænam venire possunt nomine publicorum officiorum. 77.

Excusari possunt ab hoc munere administratores rerum Principis, rerumq; Fiscalium, & Procuratores fisci. 78.

Conductores gabellarum, si habeant bona fisco hypothecata, repelluntur à tutela. 79.

Si nihil debeant Fisco non videntur excusandi. 80.

Exactores tributorum perseuerante tali munere excusantur. 81.

Absentes causa Reipublicæ excusantur. 82.

Si ante absentiam ex causa Reipublicæ dati fuerint tutores excusantur tantum pro tempore absentiæ. 83.

Non habent annum vacationis post reuersionem. 84.

Intellige prædicta de profecturis etiam causa Reipub. 85.

Qui abesse debent causa Reipublicæ debent proponere excusationes. 86.

Si profecturus est causa Reipublicæ vltra mare potest in perpetuum excusari. 87.

Etiam comites eorum, qui causa Reipublicæ profecturi sunt excusandi. 88.

Etiam habentes maiorem magistratum se excusare possunt. 89.

Quinam veniant nomine maioris Magistratus. 90.

Intellige, quando adepti sunt magistratum, & sunt in possessione eiusdem. 91.

Assumpti in Consiliarios Principum, eiusque lateri inhærentes, & silentiarij excusantur à suscipienda tutela, susceptamq; possunt deponere. 92.

Milites actu non indigent excusatione, cum ipso iure repellantur à tutela. 93.

Si ante susceptam militiam tutelam susceperint, & administrarint, possunt se excusare. 94.

Miles post completum honestè militiæ tempus potest se excusare à munere tutelæ. 95.

Qui honestè compleuerunt militiæ tempus appellatur veterani. Ibid.

Milites veterani, quamuis excusentur ab aliorum tutela, non tamen excusantur à tutela filiorum suorum conueteranorũ. 96.

Qui ignominiosè dimissi sunt etiam post completum tempus militiæ non excusantur. 97.

Tempus completæ militiæ est annorũ. 20. 98.

Qui militarent minus quinque annis nulla gaudent immunitate, qui post quinque annos, gaudent immunitate vnius anni, qui post octo annos, immunitate biennij, qui post duodecim annos immunitate triennij, & sic successiuè. 99.

Tribuni militum gaudent immunitate tutelæ etiam quoad filios suorum collegarum. 100

Possunt se excusare à munere tutelæ Magistri Rethoricæ, Grammaticæ, & Dialecticæ, Physicæ &c. 101.

Dummodo sint in numero præfinito in aliqua Ciuitate. 102.

Qui-

Quinam sit numerus præfinitus pro quacunq; Ciuitate. 103.

Legisperiti extra Romam non excusantur. 104.

Docentes Musicam, Astranomiam, Geometriam, & Aridmethicam secundum se non excusantur. 105.

Iudices non excusantur à tutela suscepta, excusari tamen possunt à suscipienda. 106.

An Notarij, & Tabellarij excusentur remissiuè. 107.

Ratione inimicitiæ, quæ præcessit cum parentibus pupilli potest quis se excusare à tutela eiusdem pupilli. 108.

Siue inimicitia præcesserit ex causa tutoris, siue eorundem parentum. 109.

Limita, nisi inimicitia non fuisset vera, sed ficta. 110.

Item, si inimicitia à longo tempore præcesserit dationem tutelæ, & secuta esset reconciliatio. 111.

Si inimicitiæ ortæ fuerint, postquam datus est testamento tutor, & diutinum tempus ab illis transierit ad obitum Patris, tunc probabile est, quod non possit se excusare, si secuta fuerit recanciliatio. 112.

Si modicum tempus transierit non est admittendus in tutorem. 113.

Si fuerit lis inter tutorem, & pupillum de tota hæreditate, vel maiori parte eiusdem potest se tutor excusare. 114.

Extante debito, vel credito inter tutorem, & pupillum à Iudice dandus non est. 115.

A testatore cum scientia illius qualitatis potest dari. 116.

Nec hic probabiliter potest se excusare. 117.

Si debitum, vel creditum fuerit leue non erit repellendus à tutela. 118.

Si creditor, vel debitor reticita tali qualitate assumat tutelam, amittit actionem, si fuerit creditor, si fuerit debitor solutione interim facta tenetur iterum soluere. 119.

Si suscepta tutela contraxerit creditum, vel debitum eidem adiungendus est curator. 120.

Si tutor post susceptam tutelam acquisierit cessionem actionis contra pupillum non potest illam aduersus ipsum exercere. 121.

Si creditor assumpserit tutelam reticita illa qualitate, & creditum fuerit successiuum, secundum aliquos amittit solum actionem pro annis, quibus gessit tutelam, non pro sequentibus. 122.

Secundum alios amittit quoad totum, si creditum contractum fuerit per stipulationem, secus si per legatum. 123.

Si factus fuerit post susceptam tutelam creditor, vel debitor ex mala administratione est remouendus. 124.

Clerici, & Ecclesiastici, si excipias Episcopos, & Monacos, possunt esse tutores legitimi. 125.

Clerici, quamuis non excludantur à legitima tutela possunt tamen se ab illa excusare. 126.

Clerici, & Ecclesiastici possunt vnam tantum tutelam legitimam assumere, vnde quoad alias non indigent excusatione. 127.

Clerici, qui non sunt in sacris constituti, possunt compelli ad assumendam tutelam etiam testamentariam, & datiuam. 128.

Si Clericus post susceptam tutelam promotus fuerit ad sacros ordines poterit se excusare ab illo munere. 129.

Clerici non residentes, sed vagantes nequeunt se tueri excusatione. 130.

Ratione nobilitatis in persona eligenda in tutorem, & inopia in pupillo non datur causa excusationis. 131.

Ex eo, quod quis se asserat ignotum Patri pupillorum, qui eum dedit tutorem, non excusatur. 132.

An, & quomodo quis possit se excusare ratione distantiæ loci referuntur varij casus, & diluuntur. 133.

Si tutor tempore tutelæ sibi commissæ habitauerit in eadem prouincia pupilli, & postea ex facultate Principis alio domicilium transtulerit, potest se excusare. 134.

Quid sentiendum sit, quando pupillus habet bona dissita. 135.

Tutor, qui administrauit tutelam, ea completa non potest cogi ad curam prosequendam. 136.

Tenetur tamen complere negotia, quæ cœpit. 137.

Nonnulia considerabilia circa causas excusantes. 138.

HActenus in præcedenti prænotione in assertione quinta, egimus de causis, ob quas quis repellitur ex iurium dispositione à tutela suscipienda; Nunc agimus de causis, ob quas quis potest se subtrahere, quando cæteroqui ipsi deberetur à iure, vel esset à testatore demandata, vel à Iudice. De huiusmodi causis excusantibus extant integri tituli *Instit. C., & ff.* in quibus aliquæ etiam enumerantur causæ, ob quas diximus tutelam non posse conferri, quod videtur pugnare cum ijs, quæ hic dicentur; si etenim existentibus his causis validè non confertur tutela, quomodo hic dicitur, quod ex his possit se excusare à tutela? Excusatio etenim à susceptione supponit validam collationem, & vbi inualida est collatio, inanitèr quæritur *l. 1. ff. de conf. tut.* excusatio. Sed quoad has dici potest, vel procedere, quando iam validè tutela collata est, & deinde superuenit aliqua ex his causis, ob quas intendit excusari, quomodo procedit textus *in l. post susceptam ff. de excus. tut.*

1 Sensus tituli exponitur.

vbi

vbi mutus, furdus, furiosus, aut valetudinarius facti tales post tutelam excusantur ab eadem tutela. Vel quando dubium est ex circunstantijs, an validè cōferatur, & sit collata, & eligendus, vel electus se excusat, vel quando est collata à testatore.

2 Dantur 50. dies ad proponendas causas excusationis.

Antequam procedamus ad huiusmodi causas in particulari examinandas operæpretium duximus præmittere, quomodo, & quandonam sint proponendæ huiusmodi excusationes, & pro quo nam tempore instantia sit terminanda. Extant textus *in l. quinquaginta dierum, & l. quinquaginta dies ff., & C. de excus. tut.*, in quibus præscribitur quinquaginta dierum spatium ad contestandas excusationū causas, & deindè facta

3 Propositis causis dantur 4. menses ad peragendum negotiū.

huiusmodi contēstatione constituuntur quatuor menses ad peragendum negotium, qui menses computandi sunt a die, qua nominatus est tutor. Huiusmodi quinquaginta dies incipiunt currere à die scientiæ, nam terminus ad excusandum se non labitur ignoranti. Sed an ad hoc sufficiat scientia extraiuditialis, an verò requiratur iuridica? Videtur

4 Dies 50. incipiunt a die scientiæ.

requiri iuridica, prout notat *Glosa in d. l. quinquaginta dies in verb. factum fuerit C. de excus. tut.* hocque videtur colligi ex textu *in l. scire §. qui autem ff. eod. tit.* Ibi *Oportet autem ei manifestari à præsidibus, vel in faciem, vel ad domum.*

Sed, an huiusmodi quinquaginta dies post habitam notitiam debeant esse iuri-

5 Dies quinquaginta non debent esse iuridici, sed continui.

dici, an vero sufficiant, si sint continui? Existimo cum *Glosa in d. l. quinquaginta dierum in princip., & in l. scire, item in princip ff. de excus. tut.* non esse necesse, quod sint iuridici, sed sufficere continuos, quibus elapsis non admittitur amplius ad huiusmodi protestationem excusationū; vbi Glosæ prædictæ dicunt, quod dicti quinquaginta dies continue currant tutoribus a tempore, quo sciant se datos.

Si hic inquiratur, quomodo habita notitia suæ nominationis in tutorem teneatur sic nominatus protestari suas ex-

6 Huiusmodi contestario, seu propositio causarum debet esse iuridica, specifica, & indiuidua.

cusationes? Dico non sufficere, si tutor se præsentet intra constitura tempora coram Iudice, & dicat in genere, se causas excusationis habere, sed debet testari, & dicere coram eo, quam excusationem habet, & debet nominare omnes excusationes suas, si plures habet, & si aliter fecerit, non ei proderit, hocque videtur colligi *ex d. l. scire §. multa verò obseruari oportet ff. de excus. tut., & ibi Glosa,* & infra *§. consequens autem est credere.*

Et contextu legum *in d. l. quinquaginta dierum, & l. quinquaginta dies ff., & C. de excusat. tut., & in l. scire §. multa vero obseruari, & §. Qui autem supra centum milliaria ff. eod.* resultare videntur resolutiones, quæ rationi non videntur con-

7 Conciliatur varij textus iuris ciuilis.

gruere; nam *in primis duobus textibus, & in §. multa verò obseruari,* præscribitur existeuti in Ciuitate, vel distanti solummodo per centum milliaria post habitam notitiam spatium quinquaginta dierum ad proponendas excusationes, distanti verò vltrà centum milliaria à Ciuitate per alia viginti milliaria, & vltrà præscribitur *in d. §. qui autem supra centum milliaria,* pro quibuslibet viginti milliarijs vna dies, & postea triginta dies, vnde qui distaret à Ciuitate centum sexaginta milliaribus haberet solummodo triginta, & octo dies, vt computanti sit manifestum, quod certè non videtur rationi consonum, quandoquidem esset deterioris conditionis, qui longius abest, quam qui minus longè, & qui habitat in eadem Ciuirare. Sed huic dubio occurritur *in d. l. scire in §. aliud etiam inuenimus immediatè sequenti*, vbi dicitur, quod, quamuis verba legis hunc habeant intellectum, mens tamen legislatoris aliud velit; vndè §. *qui autem supra centum milliaria,* sic debet intelligi, vt nunquam alicui minus detur quinquaginta dierū spatio, plus autem, si enumeratio dierū correspondentium singulis viginti milliarijs vltrà dies 30. assignatos ralis esset, vt simul cum dictis triginta excederet spatium dictorum quinquaginta dierū; quare tot dies assignantur, quot sunt singula viginti milliaria, etiam si hi dies ob maximam distantiam excederent spatium quinquaginta dierum, & vlterius triginta dies ad proponendas excusationes.

Sed, eum dicatur *in d. l. quinquaginta dierum ff. de excusat. tut.*, quod *peragendo negotio ex die nominationis continui quatuor menses constituti sunt,* oritur hæc difficul-

8 Quatuor menses ad peragendum negotiū incipiunt à die nominationis, & cognitionis

tas; si ad peragendum negotium quatuor menses incipiunt à die nominationis, & ad protestandas excusationes quinquaginta dies non incipiunt, nisi a die notitiæ, seu scientiæ iudicialitèr habitæ, vt supra dictum est, ergo prius quoad effectum exclusionis huiusmodi excusationum negotium terminari poterit, quam incohetur, si supponas post quatuor menses notitiam habuisse. Ad hoc aliqui respondent subintelligi deberi in dicto textu ad illud verbum *à die nominationis*, etiam illud & *cognitionis*, vt explicant *Glosa in d. l. quinquaginta dierum in verb. ex die nominationis ff. de excus. tut., & in l. quinquaginta dies verb. constitutio C. eod.* Alij dicunt, quod dicti quatuor

tuor menses à die nominationis mero iure statim currant, sed quod sic nominatus habita notitia postea restituatur in integrum, per textum *in l. 1. in fin. ff. ex quib. caus. ma. arg. etiam l. semper §. hoc interdictum ff. quod vi, aut clam.* Vtraque explicatio probabilis, sed prima verior, & conformior rationi.

Vlterius hic oritur difficultas, an, si in tutorem nominatus suas excusationes proposuerit intra quinquaginta dies à iure præfinitos, quatuor illi menses ad perficiêdum negotium debeant incipere post quinquaginta dies datos ad protestandas excusationes, an verò à die excusationum protestatarum, an verò à die habitæ notitiæ nominationis in tutorē? Sentiendum est, quatuor illos menses computandos esse à die notitiæ nominationis, prout expressè habetur *in d. l. quinquaginta dierum ff. de excus. tut.* Ibi- *Peragendo cum negotio ex die nominationis continui quatuor menses constituti sunt.*

9 Si per nominatum non steterit, quominus negotium intra quatuor mēses concluderetur, protrahendū est tēpus.

Sed quid, si per ipsum nominatum tutorem non steterit, quominus negotiū inter quatuor menses terminaretur, sed per contradictorem, qui impediuit, ne terminaretur? Tunc dicendum est, etiam elapsis illis quatuor mensibus excusationis causas posse probare, & audiendum esse, vt colligitur *ex l. sed cum ipse ff. de excus. tut.*

10 Etiam si steterit per Iudicem quominus perficeretur.

Sed quid, si nec per nominatum, nec per contradictorem steterit, quominus intra illud tempus negotium perageretur, sed per Iudicem, an tunc elapso illo termino nominatus posset prosequi suas excusationes? Tunc etiam crederem, post illud tempus esse audiendum, quia incuria Iudicis non debet obesse parti, quæ suum munus adimpleuit. Sed quid, si Iudex excusationes reiecerit? Tunc à tali reiectione poterit appellare, non tamen à nominatione, per textum *in d. l. quinquaginta dies ff. de excus. tut., & l. 1. §. si quis tutor ff. quando appos. sit., & in l. scire in princip. ff. de excus. tut.*

11 Volens producere excusationes, tenetur Iudici denuntiare, vt det tutorem ad illam litem.

Sed, antequam incipiamus examinare causas, ob quas tutor nominatus, seu electus potest se excusare à munere tutelæ, placet hoc vlterius aduertere, quod, si quis sibi habere suadeat sufficientem causam excusationis, teneatur primo Iudici denuntiare, vt det tutorem, vel curatorem huic pupillo in illam litem ad effectum, vt in illa pupillū defendatur, & eodem tutore, & curatore citato debet causam excusationis agere, & litigare, vndè, si sine prædicto tutore sententia definitiua proferatur, ipso iure, nulla esset, tanquam lata contra pupillum indefensum *Mathesilanus sing. 13., Aretinus in §. desinunt num. 1. Instit. Quib. mod. tut., Caualcanus de tut., & curat. n. 191., Antonius Piagius de tut., & curat. q. 10. n. 7.*

12 Habens Romæ tres liberos superstites, vel quatuor in Italia, vel quinque in prouincijs potest se excusare.

His sic pro notitia suppositis iam aggredimur, examinare causas, ob quas tutor nominatus, vel electus potest, vel nō potest se excusare à munere tutelæ; & primo proponitur discutiendum, an quis ob numerum liberorum possit iustè, & validè se liberare à munere tutelę, ad quam, vel vocatus est per testamentum, vel per legem, vel per Iudicem? Extat quoad hoc expressus textus *in §. plerumque Instit. de excus. tut.*, vbi dicitur, quod, *si quis tres liberos superstites Romæ habeat, vel in Italia quatuor, vel in prouincijs quinque, à tutela, vel cura potest excusari.*

Variæ rationes dubitandi circa hanc legalem dispositionem.

Circa hanc dispositionem plura contingunt in præsenti dubitari, & primo, an, si inter tres liberos, seu ex tribus liberis Romæ existentibus, vel ex quatuor in Italia, vel ex quinque in alijs prouincijs aliquis fuerit emancipatus, adhuc pater gaudere possit hoc beneficio excusationis? Secundo, cur quoad hanc causam excusationis respectu liberorum Romæ existentium restringatur numerus ad tres, in Italia extendatur ad quatuor, extra Italiam extendatur ad quinque? Tertio, an ad iustam excusationem requiratur, quod omnes filij respectiuè ad singula loca assignata sint superstites, an verò sufficiat, quod fuerint? Quarto, an, si inter illos filios aliqui fuerint naturales, illegitimi, vel adoptiui, hi computentur in numero filiorum quoad effectum inducendi legitimam excusationem? Quinto, an, si Romæ non habeat tres filios superstites, habeat tamen tres nepotes ex filio, vel vnum filium superstitem, & duos nepotes ex filio, quod idem intellige seruata propositione quoad filios, & nepotes in Italia, vel extra Italiam, adhuc sit legitimè excusandus, seu habeat legitimam causam excusationis? Sexto, an, si vnus ex tribus filijs Romæ existentibus, vel ex quatuor in Italia, vel ex quinque in Prouincijs mortuus fuerit in bello, adhuc pater possit excusari?

13 Si vnus ex tribus liberis Romę sit emancipatus pater secundum aliquos non potest se excusare.

In ordine ad primum videtur prima fronte asserendum, quod non vrgeat causa excusationis, quandoquidem ratio, ob quam conceditur huiusmodi exemptio ob numerum liberorum, ea est, quia, cum ex munere paterno debeat incumbere curæ, & educationi proprio rum filiorum, non videtur ei locus esse curæ, & custodiæ aliorum, quæ ratio vrgere non potest, quando in numero

liberorum excusante à tali munere extat emancipatus, cum hic non sit amplius sub cura, & potestate eiusdem parentis; per emancipationem etenim eximitur ab illius potestate, & constituitur sui iuris. Nihilnminus contraria est communis resolutio, nempè, quod adhue excusationem habeat, prout signantèr docet *Molina de iust., & iure tract.2.disp.222.in princip.*, & omnes scribentes *in d.§.plerumque Instit. de excus.tut.*, & textus hic expresse loquitur, Ibi *Plerumque tamen propter liberos, siue in potestate sint, siue emancipati*; non etenim emancipatio talis naturæ, & conditionis est, vt tollat officium paternum simplicitèr, & absolutè, ita vt pater eximatur à quocunque onere erga eundem filium emancipatum; vndè, si constituatur in egestate, tenetur eidem subueuire; quinimmo potest eidem in testamento tutorem constituere, adeoq; & ipsius existentia consideranda est quoad computationem filiorum in ordine ad legitimam excusationem.

14 Probabilius tamē se potest excusare.

Sed ponamus, quod pater Romæ habeat tres filios superstites vltra vnum emancipatum, vel in Italia quatuor, vel in prouincijs quinque sub sua potestate, & alterum emancipatum, an tune in ordine ad emancipatum, si egeat curatione, poterit se excusare, si vocetur ad illius curam? Glosa *in d. §. plerumq; de verb. emancipati Instit. de excus. tut.*, quamuis primo loco asserat, patrem in hoc casu non excusari à cura filij, asserit tamen secundo loco, quod quamuis se excusando faciat contra stimulos naturales, tamen validè possit se excusare. Probabilius tamen crederem, neutiquā licitè se ex illo capite excusare, & hoc est conformius textui *in l. amicissimos in fin. ff. de excusationib. tut.*, quem allegat *Glosa in d. §. plerumque in verb. emancipati*. Ibi enim dicitur. *Sed eum filio suo curator petatur, contra naturales stimulos facit, si tali excusatione vtendum esse tentauerit*; dum enim dicit esse contra naturales stimulos, videtur asserere, hoc ipso iure naturali esse vetitum, & licet paulò ante dicat, *Respondi primum quidem Patri, quod propter numerum liberorum ei competit, denegari non oportere*, hoc tamen non officit, quia in hac clausula solum enuntiat id, quod primo senserat Imperator, & propterea dixit, *Respondi primum*, sed postea re melius considerata, & æquitate naturali respondit, quid sentiendum sit per illa verba, *sed eum filio suo curator petatur contra naturales stimulos. facit, si tali excusatione* &c. per quæ verba corrigit id, quod primo senserat.

15 Pater habens vltra tres filios Romæ alterum emācipatum, potest ab ipsius cura secundum glosam se excusare.

16 Secundū veritatē tamen nō potest se excusare.

In ordine ad secūdum existimo, quod, quamuis non fiat mentio de ratione huius dispositionis in omnibus allegatis iuribus, illa sit, quia degentes Romæ, vbi erat Imperatorum residentia, quando huiusmodi leges conditæ sunt, erant magis subiecti Imperatoris obsequijs in bello, alijsque publicis muneribus, & qui in Italia magis, quam aliæ exteræ nationes, & ideò sicuti degentes Romæ, & in Italia à tributis exemerunt, alijsq; exemptionibus cumularunt, ità exemerunt ab onere tutelarum ex minori numero liberorum. Hoc tamen vnum modo aduertendum est, quod cum Imperatores residentiam suam alio trāstulerint, & propterea Romæ, & in Italia degentes non tot subdantur muneribus, & oneribus, non videantur modo gaudere hoc priuilegio, sed, vt excusentur ab onere tutelæ, debeant quinq; liberos habere, sicuti præcipiebatur quoad exteras nationes. Hac de causa *Molina de iust., & iure tract. 2. disp. 222. in princip.* nulla facta distinctione inter degentes Romæ, & in Italia, & in exteris regionibus, indefinitè dixit, solum habentes quinque liberos habere legitimam causam excusationis ab onere tutelæ.

17 Rationes, propter quas Romæ habitans excusatur propter minorem numerū liberorū, ac habitans in Italia.

In ordine ad tertium dico, ad huiusmodi legitimam excusationem non sufficere, quod quis habuerit filios in tali numero præscripto respectiuè ad singula loca, sed requiri, quod habeat illos superstites pro tempore protestatæ excusationis. *Glosa in d. §. plerumque in verb. propter liberos Instit. de excus. tut.*, *Molina de iust., & iur. tract. 2. disp. 222. in princip.*, *Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 21. nu. 1.* Expresse colligitur ex *l.2. ff. de vacat., & excus. mun.*, vbi sic legitur. *Qui ad munera vocantur viuorum se liberorum numerum habere tempore, quo propterea excusari desiderant, probare debent*; Nec incongrua ratione hoc decernitur, quandoquidem quoad hunc effectum habuisse, & modo non habere idem est, ac nunquam habuisse; tota etenim ratio, ob quam habens tot liberos excusatur, ea est, quia ille numerus liberorū præsumitur sufficiens ad distrahendum animum patris à quocunque alio munere erga extraneos, non sic autem quando est minor numerus; quando autem aliquis ex filijs extitit, & non amplius existit, hic non potest occupare curam parentis.

18 Ad legitimè se excusandum requiritur, quod habeat filios in numero præsignato pro tempore contestatæ excusationis.

Sed quid erit sentiendum, si à numero filiorum a iure præscripto ad excusandum patrem a munere tutelæ, alter tantum desit, qui tamen licet non natus, conceptus tamen sit, & in vtero ma-

tris

tris existens, an tunc adhuc pater poterit se excusare? Videtur dicendum, etiam in hoc casu patrem habere legitimam causam excusationis, quia filius iam côceptus, ac in vtero matris existens perindè est, ac, si esset in rebus humanis, per textum *in l. qui in vtero ff. de stat. homin. l. intelligendus ff. de verb. signif.* vbi dicitur, extitisse pro tempore mortis testatoris, qui in vtero relictus est, & *l. illud §. vlt., & ibi Glosa, & Bartolus ff. de bon. possid. contra tabul.*, quod etiam euincitur ex textu *in l. intestato §. vtique ff. de suis, & legit. hæred.*, vbi dicitur, quod faciat partem ijs, qui sunt pari gradu, & ventri prægnanti competit restitutio in integrum, per textum *in l. etiam ei ff. de minor.* Adde, quod munus patris sit curam habere nedum de filijs iam natis, sed de ventre etiam prægnante, ac filijs ex eodem ventre nascituris, in ordine ad quam curam ipsi conceditur priuilegiũ excusationis, quæ à fortiori verificantur stantibus ijs, quæ nos in præcedentibus commendauimus, nempè ventri prægnanti posse constitui tutorem, quod licet alij negant, concedunt tamen posse constitui curatorem. Ex quibus pro hac sententia sic efformo argumentum. Venter prægnans talis est, vt indigeat tutore iuxta vnam sententiam, vel saltem curatore iuxta aliam, ergo talis est, vt secundum se exigat gubernationem, & curam mortuo patre, ergo superstite patre ipse debet curam ex proprio officio illi impendere, ergo perindè est in ordine ad hanc curam, pro qua conceditur illud priuilegium excusationis, ac si esset iam natus. His tamen non obstantibus *Glosa in §. 1. vers. exemplo cæterorum munerum in verb. defuncti Instit. de excus. tut.* sentit, non adesse legitimam causam excusationis in hoc casu, vbi quoad hunc effectum comparat filios non natos, licet iam conceptos filijs iam mortuis, dum loquens de filijs defunctis subdit, *Idem, vt in non natis, licet conceptis*, hocq; probat per textum *in l. excusantur §. remittit ff. de excus. tut.*, vbi sic legitur, *qui autem in ventre est, & si in multis partibus iuris comparetur iam natis, tamen neque in præsenti quæstione, neque in reliquis ciuilibus muneribus prodest patri*, quod etiam videtur colligi *ex l. 2. ff. de vacat., & excus. mun.*, vbi volens propter liberos excusari, debet probare numerum eorundem liberorum pro tempore, quo producit causas excusationis; & ex ijs, quæ dicuntur *in d. §. remittit*, soluuntur argumenta contrariæ opinionis; nam licet in plerisque filij in vtero existentes computentur iam natis, puta quoties agitur de commodis Patris, vt explicat *Glosa ibid. in verb. in multis*, & signantèr per textum *in l. qui in vtero ff. de stat. hom., & l. cum quidam §. 1. ff. de acq. hæred.*, non tamèn computâtur pro iam natis quoad hunc effectum excusandi patrem à susceptione alienæ tutelæ, vt expressè ibi dicitur; Nec obstant esse, quæ subduntur pro ratione contrariæ opinionis, quia cura, quam debent habere parentes de ventre prægnante non est tanta, & talis, quanta, & qualis est filiorum iam existentium.

19 Si vnus ex filijs requisitis ad excusationem sit tantũ conceptus, & in vtero matris secũdum aliquos est sufficiens causa excusationis.

20 Probabilius tunc non est sufficiens causa excusationis.

Soluuntur argumenta cótraria.

Sed quid, si post creationem Patris in aliorũ tutorem, filius, qui erat in vtero existens, natus fuerit, an tunc Pater sic creatus poterit opponere excusationem propter numerum liberorum? Textus *in d. l. excusantur. §. remittit. ff. de excus. tut. in fin.* habet hæc verba. *Nam si post creationem generantur, non auxiliantur, vt constitutio inquit Veri, & Antonini*, quæ videntur ingerere rationem aliquam dubitandi; dum enim dicitur *si post creationem generantur*, videtur inferendum, ergo, si ante creationem fuerunt geniti, auxiliabuntur. Sed, cum ad legitimam excusationem requiratur, quod pro tempore constitutionis tutoris, & excusationis filij iam fuerint nati, vt per allegata iura, nec sufficiat, quod fuerint geniti, videtur absolutè asserendum, quod, si post constitutionem tutoris nascantur, non auxilientur, quod videtur colligi ex verbis præcedentibus, Ibi- *Numerum autem liberorum determinatum constitutionibus esse oportet vnicuique tunc, cum creatur*; Non potest autem dici tunc habere numerum determinatum liberorum, quando aliquis nondum est natus. 21 Si postquam Pater cõstitutus est tutor filius nascatur, Pater nõ potest se excusare.

In ordine ad quartum dicendum est, omnes liberos in numero à iure præscriptos debere esse legitimos, nec sufficere, si sint naturales, & adoptiui aliqui ex eis, *Molina de inst., & iur. tract. 2. disp. 222. in princip.*, *Glosa in d. §. plerumque in exposit. casus Instit. de excus. tut.* Expressè colligitur ex textu *in l. excusantur. §. remittit. ff. de excus. tut. Legitimos autem liberos esse oportet omnes, & si non sint in potestate*, & quoad adoptiuos habetur expressè *in d. §. 1. in vers. exemplo cæterorum Instit. de excus. tut.* Ibi- *Sed adoptiui liberi non prosunt, in adoptionem autem dati, naturali Patri prosunt.* 22 Omnes filij in numero à iure præscripto debent esse legitimi, nec sufficiunt naturales, & adoptiui.

Sed hic oritur difficultas, si filij fuerint legitimati, vel per subsequens matrimonium, vel per rescriptum Principis, an tunc eorum Pater possit se legitimè excusare, si isti cum legitimis constituant numerum à iure præscriptum ad iustam excu-

excusationem? Probabilius crederem, quod, si fuerint legitimati per subsequens matrimonium, computari debeat in numero legitimorum quoad hunc effectum tribuendi legitimam excusatione Patri à munere tutelæ.

23 Sufficit, si fuerint legitimati per subsequens matrimonium.

Ratio ex eo deducitur, quia filius sic legitimatus per subsequens matrimonium dicitur legitimus, *Antonius in c. innotuit de elect.*, *Paulus de Castro in l. fin. C. de his, qui ven. ætat. impet.*, *Decius in l. generalitèr. §. fin. C. de instit., & substit.*, *Matthæus de Afflictis in c. 1. §. naturales quinto not. Si de feud. fuerit controu. inter Dom. & Agnat.* vbi testatur esse communem sententiam; vnde etiam refert *Couarruuias in epitome in quarto lib. decretal. in 2. part. c. 8. §. 2. num. 30.* filium primogenitum ex sequenti matrimonio legitimatum admittendum esse ad primogenia, cum hic filius dicatur natus ex legitimo matrimonio, quod probat *ex c. cum in cunctis de elect.* Si vero fuerint legitimati per rescriptum Principis, videtur maior difficultas, quia legitimati per rescriptum Principis non habent eadem priuilegia, quæ habent legitimati per subsequens matrimonium,

24 Sententia asserens legitimatos per rescriptū Principis non tribuere Patri sufficientem causam excusationis.

primo quia legitimati per subsequens matrimonium succedunt in multorum sententia ad feuda, *Abbas in c. innotuit de elect. col. penult.*, *Ioannes Andreas in c. lator, qui filij sint legitimi*, *Recentiores communiter scribentes in l. generaliter. §. cum autem. C. de instit., & substit.*, *Nicolaus Boerius decis. 123.* hancque opinionem esse communiter receptam testatur *Alexander in l. ex facto. §. si quis rogatus num. 18. ff. ad Trebel.* legitimatus vero per rescriptum Principis ad eadem non succedit per textum *in c. 1. §. naturales si de feud. fuer. controu. inter Dom. & Agnat.* Secundo legitimati per matrimonium subsequens excludunt fæminas à statuto easdem excludente existentibus masculis, non sic legitimati per rescriptum Principis *Tiraquel in repet. l. si vnquam in verb. susceperit liberos nobis hinc quoque, & num. 81. & quamuis. C. de reuoc. donat.* Tertio legitimatus per subsequens matrimonium habet querelam *in offic. donat.*, non sic legitimatus ex rescript., *Baldus in l. 1. col. penult. vers. item quæro vtrum filius. C. de iure fisci lib. 10.* Quarto legitimati per subsequens matrimonium succedunt in Emphytheusi Ecclesiæ, *Petrus Ancharanus cons. 241. ex tenore priuil. col. vlt.*, *Immola in l. quod dicitur vers., & per hanc rationem. ff. de verb. oblig.* non sic autem legitimatus per rescriptum, *Baldus in l. generalitèr. §. cum autem. C. de instit., & substit.*

25 Probabilius tamē excusant.

His tamen non obstantibus quoad commodum Patris ipsos non excluderem à computatione filiorum legitimorum, vt possit allegare excusationem à munere tutelæ, cum posita legitimatione, licet in allegatis non habeat æqualitatem cum legitimis, habet tamen in alijs, &, si Pater cum eodem debet agere in ciuilibus tanquam cum legitimo, non est, cur ratione eiusdem tanquam legitimi non debeat habere excusationem.

Quoad filios adoptiuos, quamuis *in d. §. 1. vers. exemplo cæterorum munerum. Instit. de excus. tut.* dicatur, *sed adoptiui liberi non prosunt; in adoptionem autem dati naturali Patri prosunt*, oritur hic difficultas, an hoc intelligendum sit solummodo quoad adoptiuos secundum latam significationem, an vero etiam quoad arrogatos?

26 Si filij propriè fuerint arrogati tribuunt sufficientem causam excusationis.

Pro quo recole ex ijs quæ tradidimus *tom. 6. sub tit. Contractus XV. de matrimon. II. prænot. X. sect. 5. num. 2.* discrimina, quæ intercedunt inter arrogationem, & adoptionem simpliciter sumptam; quo posito arbitror dictam dispositionem *in d. §. 1. vers. cæterorum munerum*, non extendi ad arrogatos, vnde ex illis, si vere fuerint tales, potest Pater se tueri excusatione. Rationem ex eo deduco, quia arrogati ante suam electionem debent esse sui iuris, cum transferantur sub potestate arrogantis, non sic autem transferuntur sub potestate adoptantis filij adoptiui per textum *in l. 2. §. fin. ff. de adopt.* Rursus adoptio non confert ius in adoptato, vt sit hæres necessarius ex testamento, sed tantum ab intestato, vnde adoptans potest per testamentum de suis bonis disponere in fauorem alterius sine læsione, & iniuria adoptati; arrogatio autem tranfert non solum ius in arrogatum, vt succedat ab intestato, sed etiam ex testamento in quarta bonorum arrogantis parte, vnde arrogans non potest penitus priuare arrogatum per testamentum omnibus suis bonis, sed tenetur eidem seruare pro legitima quartam bonorum partem, ergo, cum arrogati transeant in plenam arrogantis potestatem, hicque teneatur eos instituere, certè tribuunt sufficiens ius arroganti, vt possit in ordine ad tutelam se tueri excusatione, cum ex eo, quod arrogatos habeat in plena sua potestate, debeat erga illos curam, & sollicitam custodiam habere, sicuti teneretur circa filios legitimos, & naturales, quæ iura, & sollicitudo est præcipua ratio excusationis. Sed an hæc arrogatio modo ius habeat, & subsistat, videant alij.

Ea tamen, quæ diximus de filijs simpliciter adoptiuis, limitanda sunt in casi-

bus

27 Si Pater naturalis, & legitimus dederit filium suum in adoptione Auo eiusdem filij, siue materno, siue Paterno, hic Auus si habeat cum hoc filio adoptiuo alios naturales ad numerum à iure præscriptum potest se excusare

bus, quibus Pater naturalis filium suum in adoptionem dederit Auo filij sui materno, vel proauo, vel si ipse Pater naturalis fuerit emancipatus, dederit filium suum in adoptionem Auo paterno, tunc etenim Pater adoptiuus potest gaudere ratione filij sic adoptati priuilegio excusationis, si simul cum isto tot habeat filios, quot à iure requiruntur ad legitimam excusationem. Expresse hnc colligitur *ex §. sed hodie Instit. de adoptionib.* vbi etiam adducitur ratio, quia *concurrunt in vnam personam, & naturalia, & adoptionis iura*. Ad hoc etiam refertur id, quod habetur *in d. §. 1. vers. exemplo cæterorum munerum Instit. de excus. tut. In adoptionem dati naturali Patri prosunt*, prout explicat *Glosa ibidem in verb. naturali Patre*, quatenus per ly *naturali Patri* intelligendus sit auus, vel proauus.

In ordine ad quintum sentiendum est, etiam Nepotes ex filio, quando hic mortuus est, prodesse Auo ad huiusmodi excusationem protestandam. In hoc

28 Nepotes ex filio, quando hic mortuus est, prosunt Auo ad huiusmodi excusationem.

consentiunt *Molina d. disp. 222. in princip., Ioannes Gutierez de tut. & Curat. part. 1. c. 21. num. 1., Glosa in d. §. 1. Instit. de excus. tut.* pront expresse colligitur *ex d. l. excusantur. §. remittit. ff. de excusat. tut. & ex mox enuntiato. §. 1. Instit. eod. tit.* & ratio est, quia nomine liberorum veniunt etiam nepotes ex filio: Dixi *mortuo Patre*, quia ipso viuente eius filij non computantur quoad hunc effectum in numerum liberorum aui, prout habetur *in l. 2. & 3. C. de his qui numer. liber. lib. 10.* & habetur *in d. §. 1. vers. cæterorum munerum Instit. de excus. tut.* Ibi *Item nepotes ex filio prosunt, vt in locum Patris sui succedant*; si enim prosunt, quia in locum Patris succedunt, ergo prout supponunt Patrem iam mortuum.

Proponuntur nonnulla dubia.

Hic duplex oritur difficultas, quarum prima est, an, si filij ex filio fuerint plures, omnes quoad hunc effectum computentur pro vno, sicuti vnus erat Pater, in cuius locum succedunt, an vero vnusquisque illorum computetur pro distincta persona? Secunda, an solummodo Nepotes ex filio prosint auo paterno, an vero etiam Nepotes ex filia?

29 Si filij ex filio fuerint plures in ordine ad excusandum Auũ secundũ aliquos vnusquisque computatur pro distincta persona.

Quoad primam difficultatem videtur prima fronte dicendum, quod, si fuerint plures, vnusquisque computetur pro distincta persona quoad hunc effectum, eo quia, cum omnes constituantur sub potestate Aui, & omnes vt singuli exigant specialem, & distinctam curam, omnes vt singuli mentem Aui afficerent, ipsumque premerent, propter quam rationem concedunt iura parentibus ius se excusandi à munere tutelæ propter talem numerum liberorum, quia scilicet in tali numero præsumnntur ita premere mentem, & Patrem occupare, vt non possit aliorum curæ superesse, quod æquè videtur militare propter numerum filiorum, ac propter numerum nepotum ex filio, cum omnes ex persona propria exigant curam eiusdem; nec in hoc currere videtur paritas quoad ius successionis, quod scilicet, sicuti nepotes succedunt solummodo in bonis Aui ex persona patris, ita vt nonnisi partem, quę deberetur patri, si superesset, consequantur, seu consequi possint, ita solummodo ex persona Patris obligent eundum auum ad sui custodiam; Non, inquam, videtur currere, quia quoad ius successionis solum veniunt rapræsentatiuè, adeoque non possunt plus iuris habere, ac haberet persona raprese ntati, si superesset, quoad ius verò custodiæ, & defensionis veniunt ex persona propria, cum ipsi vt tales exigant curam, & gubernationem, & Auus ex proprio officio teneatur illos regere, sicuti teneretur Pater, si adesset, & hoc munus, quod in ordine ad nepotes assumit Auus mortuo Patre, respiciat principalius personas. His tamen non obstantibus contrarium dispo- 30

30 Congruentius tamẽ computantur pro vna tantum persona.

nitur in *d. §. 1. vers. exemplo cæterorum munerum Instit. de excus. tut.* Ibi *Item nepotes ex filio prosunt, vt in locum Patris sui succedant*, & ibi *Glos. in verbo in locum Patris* expresse asserit, omnes computari pro vno. Sed clarius, & espressius hoc disponitur *in d. l. excusantur §. remittit in verb. Quotcunque ff. eod. tit. Quotcunque autem Auo nepotes fuerit ex vno filio, pro vno filio numerantur*. Quamobrem, cum habeamus textum expressum, non debemus amplius hæsitare. Ad rationes, quæ in contrarium afferebantur, dicendum est, iura easdem obstringere, & etiam in hoc non cõsiderare personas nepotum, nisi prout rapræsentant personam Patris.

Quoad secundam difficultatem asserendum est Patrem, seu Auum non iuuari hoc beneficio excusationis, si habuerit nepotes ex filia. Expresse colligitur ex textu *in d. §. 1. vers. exemplo cæterorum munerum Instit. de excusat. tut.* Ibi *Item nepotes ex filia non prosunt*. Si autem inquiratur ratio, cur prosint Auo quoad hunc effectum nepotes ex filio, non verò ex filia; dicam eam esse, quia filij ex filia non sunt de eadem agnatione, nec habent ius successionis immediatum, nec ex persona propria, nec ex persona Matris extantibus masculis.

31 Nepotes ex filia non prosunt Auo quoad hanc excusationem.

In ordine ad sextum dicendum est, quod,

quod, si vnus ex filijs, qui computabatur in numero filiorum secundum dispositionem iuris ad excusandum patrem à susceptione tutelæ mortuus fuerit pugnando in bello non obstante tali morte Pater excusetur à munere tutelæ. Consentiunt in hoc *Molina de iust. & iur. tract. 2. disp. 222. in princip. Glosa in d. §. 1. vers. exemplo cæterorum munerum in verb. in acie, Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 21. in princip.*, hocque expresse colligitur ex *d. §. 1. vers. exemplo cæterorum munerum in fine.* Ibi *Et constat eos solos prodesse, qui in acie amittuntur*, & immediatè subditur ratio *Illi enim, qui pro Republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam viuere intelliguntur*.

32 Si vnus ex filijs, qui complebat numerũ ad excusandum mortuus fuerit pugnando in bello non obstante tali morte Pater excusatur.

Sed hic oritur difficultas, an requiratur, vt filius pugnando cum hostibus moriatur, an verò sufficiat, quod fuerit addictus militiæ, vel mortuus fuerit in expeditione belli? Molina *loc. supra cit.*, ad hunc effectum excusationis patris à munere tutelæ vult, quod filius in acie pugnando cum hostibus perierit, & quidem congruè, quandoquidem hoc expresse decernitur *in l. bello amissi ff. de excus. tut. & in d. §. 1. vers. exempla cæterorum munerum*.

33 Requiritur, quod mortuus fuerit pugnando in acie, nec sufficit, quod perierit in expeditione belli.

Secundo proponitur discutiendum, an quis propter numerum tutelarum, & quemnam possit excusari à noua tutela suscipienda? Extat quoad hoc textus, qui loquitur in hæc verba. *Et qui habet tres tutelas, aut tres curatorias, aut commistim tres curatorias, & tres tutelas adhuc manentes, hoc est nondum excedentibus ætatem minoribus, hi excusantur. Sed & si curator quis fuerit non impuberis, sed furiosi, seu prodigi, in numero curarũ, & hæc computabitur curatoria*. Circa hanc constitutionem, quæ est Veri, & Antonini plurima ad plenam notitiam contingunt dubia, quæ profero, & diluo.

34 Excusatur etiam quis a munere alterius tutelæ, si habeat alias tres tutelas, vel curatorias.

Dubitatur primo, an, si quis habeat duas tutelas, & vnam curationem, vel duas curationes, & vnam tutelam, habeat ex vi præcitati textus legitimam causam excusationis, vel ex vi textus *in l. vnica C. qui num. tut.* In hoc distinguendum esse existimo, vel enim, qui habet duas tutelas habet simul curationem in ordine ad bona eiusdem hæreditatis, quæ cadunt sub vna ex illis duabus tutelis; quatenus scilicet in ordine ad vnã ex illis duabus tutelis extent pupilli, in ordine ad quos gerat tutelam, & simul fratres egressi limites impubertatis, in ordine ad quos solum gerat curam, vel qui habet duas tutelas distinctas, habeat simul curationem distinctam, quæ non communicet nec in bonis, nec in personis cum duabus tutelis. Iuxta primum sensum, seu membrũ distinctionis arbitror, patrem habentem duas tutelas, & curationem, & viceuersa duas curationes, & vnam tutelam non habere legitimam causam excusationis ab alia tutela suscipienda, vel curatione. Hoc expresse videtur colligi *ex §. item tria onera tutelæ Instit. de excus. tut.* Ibi *Vt tamen plurium pupillorum tutela, vel cura eorundem bonorum veluti fratrum pro vna computetur*, quod idem habet Glosa ibidem *Tres enim habere possunt, & tamen pro vna computarentur, puta fratrum; non enim numerus pupillorum plures tutelas facit, sed patrimoniorum separatio per textum in d. l. tria, & l. si is ff. de excus. tut.* Hoc expressius colligitur *ex d. l. tria*, vbi sic legitur. *Et ideo, qui tribus fratribus tutor datus est, qui indiuisum patrimonium habent, vel quibusdam tutor, quibusdam curator, vnam tutelam suscepisse creditur*, quo quid clarius ad rem nostram? Intelligendus etenim est textus de tutore, & curatore in ordine ad eosdem fratres habentes indiuisum patrimonium, quatenus scilicet aliqui sint pupilli, respectu quorum fungatur munere tutoris, alij egressi limites impubertatis, respectu quorum propterea fungatur munere curatoris; & ratio quidèm hoc videtur concludenter euincere, quandoquidem, cum vtroque munere fungatur in ordine ad bona eiusdem hæreditatis, non adeo distrahitur, ac distraheretur, si fungeretur duabus tutelis omninò separatis, & quoad bona, & quoad personas. Iuxta secundum membrum distinctionis, probabilius arbitror, habere legitimam causam excusationis in ordine ad aliam tutelam, & curam. Hoc videtur colligi ex *d. l. excusantur §. amplius autem ff. de excus. tut.*, vbi cum textus prius dixerit, *& qui habet tres tutelas aut tres curatorias excusari*, statim subdit, *aut commistim tres curatorias, & tres tutelas etiam excusari*; quod secundum, nempe *aut commistim tres curatorias &c.* non potest intelligi congruentius, nisi in eo sensu, quod ex curationibus, & tutelis tres habeat, scilicet vel duas curationes, & vnam tutelam, vel duas tutelas, & curationem vnam, dummodo tamen sint in ordine ad diuersa patrimonia, & diuersas personas; & congrua quidem ratione hoc decernitur, tam enim tutelæ, quàm curationes habent ex genere suo distrahere, & occupare. Adde, quod, cum tres tutelæ distinctæ, & tres curationes distinctæ habeant secundum se excusare, vt dicitur *in d. §. amplius autem* Ibi & *Qui habet tres tutelas, aut tres curationes*, non sit, cur

35 Habens duas tutelas, & vnam curationẽ, quæ cadat sub vna ex illis duabus tutelis non habet legitimam causam excusationis.

36 Si habeat duas tutelas, & vnam curationem distinctã, vel duas curationes, & vnam distinctam tutelam excusatur

37 Explicatio textus in l. excusantur §. amplius ff. de excus. tut.

duæ

duæ tutelæ cum vna curatione, vel duæ curationes cum vna tutela non debeant excusare, cum vtrisque eadem vis concedatur in ordine ad huiusmodi excusationem.

Dubitatur secundo, quales debeant

38 esse huiusmodi tres tutelæ, aut tres curationes ad effectum, vt illas habens valeat efficaciter excusari? Extat quoad hoc textus *in §. item tria onera Instit. de excus. tut.*, in quo dicitur, quod *tria onera tutelæ non affectata, seu curæ præstent vacationem*, ex quibus verbis à contrario sensu deducitur, quod, si illæ tres tutelæ fuerint affectatæ, non excusent, prout notat *Glosa ibidem*, & habetur *in l. spadonem §. fin. ff. de excusat. tut.*, si enim sunt affectatæ, non inferunt onus, quia portatur leuiter, quod portat quisque libenter, vt notat *Glosa in d. l. tria onera tut. in verb. onera ff. de excus. tut. & in d. §. item tria onera Instit. eod. tit., Molina de iust. & iure tract. 2. disp. 222. vers. si quis habeat tres tutelas.* Extat item textus *in l. vnica C. qui num. tut. se excus.*, vbi sic legitur. *Si tres tutelas, vel curas eodem tempore non defunctoriè suscep-tas administres &c. onere quartæ tutelæ non*

Illæ tres tutelæ nõ debent esse affectatæ.

39 *grauaberis*; ex quibus etiam verbis è contrario sensu deducitur, quod, si administres defunctoriè, poteris grauari. Quid autem intelligatur per ly *defunctoriè*? Glosa *in d. l. tria onera in verb. onera ff. de excus. tut.* per ly *defunctoriè* idem intelligit ac *affectatè*, ac iuxta hanc interpretationem nil magis inuoluitur, ac illud, quod continetur *in d. §. item tria onera.* Glosa *in d. l. vnica C. qui num. tut. se excus. in verb. non defunctoriè* idem intelligit, ac *transitoriè*, quatenus, si aliqua illarum trium

Non debent defunctoriè administrari.

40 tutelarum debeat cito transire, habens illas non excusetur ab onere quartæ tutelæ suscipiendæ, & hoc expresè colligitur per textum *in l. non tantum ff. de excus. tut.*, vbi non solum magnitudo patrimoniorum intuenda est susceptarum trium tutelarum, & eius, quæ suscipienda est, sed & ætas pupillorum consideranda est, nam, si priorum pupillorum ætas propè pubertatem sit, ita vt tantummodo semestre tempus reliquum fuerit &c. non dabitur excusatio, quod etiam considerauit *Molina loc. cit. vers. si quis habeat tres tutelas.* Item extat titulus in rubro *in d. §. item tria onera tutelarum Instit. de excus. tut.*, in quo legitur, *tres*

Quid veniat per ly *defunctoriè*.

41 *tutelæ onerosæ diuersorum patrimoniorum tandiu præstant vacationem quoties durent*; ex quibus verbis etiam à contrario sensu deducitur, quod, si non fuerit onerosæ, sed leuissimæ, vel leues non præstant excusationem, quod optimè considerauit *Glos. ibidem*; in tantum

Illæ tres tutelæ debent esse onerosæ, & quomodo.

etenim conceditur exemptio ab vlteriori tutela, in quantum præcedentes præsumuntur grauiter onerare illas habentem, quæ ratio cessat, quotiescunque præcedentes sunt leues, vel leuissimæ, hocque etiam à contrario sensu videtur deduci ex textu in illa *l. non tantum ff. de excus. tut.*, in quo dicitur, quod, si vna tutela sit tam diffusa, & negotiosa, vt pro pluribus cedat, ex illa dumtaxat possit quis excusari ab vlteriori, ergo, si tres fuerint leues, vel leuissimæ, vt vni dumtaxat, vel duabus correspondeat, non poterit ratione illarum excusari.

Dubitatur tertio, an, si quis habeat duas tutelas onerosas, vel duas curas similis conditionis, & simul fideiusserit pro alio tutore in ordine ad diuersam tutelam, vel curam, excusetur ab onere vlterioris tutelæ? Negatiuè respondendum est, prout negat *Bartolus in l. 1. n. 34. ff. si certum petatur, vbi dicit esse communiter hanc opinionem receptam, Franciscus Marcus in prima part. decis. 340. num. 2. & decimo, Ioannes Gutierez de tut. & curat. prima part. c. 21. n. 12.* Hoc expressè colligitur *ex l. spadonem §. si ciuitatis ff. de excusat. tut.*, vbi dicitur, quod licet Magistratus incidente ei creatione obnoxius fuerit periculo tutelæ, hanc non connumerabit alijs tutelis, quemadmodum nec fideiussores tutelæ; & ratio est, quia vt fideiussor simpliciter est pro tutore, non est tamen tutor, licet ex illa fideiussione constituatur debitor, nec fungitur munere tutelæ, propter quod conceditur illud priuilegium, si simul coniungatur cum alijs duobus. 42

Si quis habeat duas tutelas, vel curas onerosas, & simul fideiusserit pro alio tutore in ordine ad diuersam tutelam nõ excusatur ab alia tutela.

Dubitatur quarto, an, si quis habeat duas tutelas onerosas, & simul habeat duos filios excusetur ab onere tertiæ tutelæ? Negatiuè respondendum videtur propter expressum textum *in d. l. spadonem §. si ciuitatis Princeps vers. qui iura multa ff. de excus. tut.*, vbi dicitur, quod, qui plura iura allegat ad sui excusationem, quorum vnumquodque per se ipsum satis validum non est, coniunctum tamen eum alijs videatur maius robur afferre quoad hunc effectum, nihilominus non excuset, & hoc ibidem exemplificatur in eo, qui habet duas tutelas, & duos filios, qui, quamuis simul alleget vtrumque hoc motiuum, non tamen iuuatur hoc beneficio excusationis; hocque etiam considerauit *Glosa in d. §. item tria onera tutelarum in addit. Instit. de excus. tut. & in l. excusantur ff. eod. tit. in verb. excusantur.* 43

Si quis habeat duas tutelas onerosas, & simul duos filios non excusatur ab onere tertiæ tutelæ.

Dubitatur quinto, an, si quis habeat tres tutelas, inter quas vna sit proprij filij emancipati, habeat etiam legitimam excu-

excusationem ab vlteriori tutela? Affirmatiuè respondendum est; hocque expresse habetur *in l. si quis inter tres tutelas ff. de excus. tut.* Ibi *Inuenio tamen rescriptum, emancipati filij tutelam numerari inter onera oportere.* Quod, si quæratur ratio, propter quam habens duas tutelas, & simul duos filios, qui sint sub potestate eiusdem non excusetur ab vlteriori tutela, habens tamen duas tutelas, & alteram filij sui emancipati excusetur ab alia, cum tantam curam, & fortè maiorem debeat habere erga duos filios suos existentes sub propria potestate, quam erga vnum filium suum emancipatum; dicam hoc prouenire, quia in ordine ad filios suos existentes sub patria potestate administrat absolutè, nec tenetur satisdare, nec rationem aliquam reddere, nec inuentarium conficere &c. In ordine vero ad filium emancipatum, cum agat vt tutor, tenetur tales cautiones, & munera adhibere, adeoqne &c.

44 Si quis habeat tres tutelas, inter quas vna sit proprij filij emancipati excusatur ab vlteriori tutela.

Dubitatur sexto, an, si Pater habuerit tres distinctas tutelas, possit eius filius sub eiusdem potestate permanēs grauari aliqua a[illegible]a tutela, an vero ratione trium tutelarum existentium in Patre possit excusari, & viceuersa, si filius habuerit tres distinctas tutelas, an eius Pater possit altera grauari, an vero possit se excusare? Respondeo, neutrum posse grauari vlteriori tutela, sed vtrumque posse legitimè se excusare. Expresse hoc colligitur *ex l. diximus. §. si Pater, cum l. seq. ff. de excus. tut.*, & ibi etiam redditur ratio; quia illa tria onera tutelarum siue sint in Patre, siue in filio insunt vni domui, non separatis, cum Pater cum filijs habeat bona communia, & simul habitent, & Pater obligetur pro filio, cum perinde sit, ac si Pater tutelam gereret, cum filius administret voluntate Patris. Hac eadem ratione euincitur, quod si Pater duas tutelas habuerit, & vnam filius vterque possit excusari ab vlteriori tutela, quod idem dicendum est, si Pater vnam tutelam habuerit, alteram vnus filius, & alteram alter, dummodo hic vterque filius sit sub potestate eiusdem Patris, quia verificatur, quod omnes hæ tres tutelæ sint in vna domo; hæc omnia expresse habentur in mox allegatis iuribus, & ratio etiam habetur signanter *in d. l. tria onera. ff. de excus. tut.*, quia scilicet omnes hæ tres tutelæ spectent ad periculum Patris, cum filij eius voluntate administrent.

45 Si Pater habuerit tres distinctas tutelas eius filius manens sub eius potestate non potest grauari alia tutela.

Et si filius habuerit tres distinctas tutelas, nec eius Pater potest alia tutela grauari.

46 Si Pater habuerit duas tutelas, & vnam filius, vel viceuersa vterque excusatur ab vlteriori.

Quod si supponamus, quod filij non administrent voluntate Patris; tunc textus *in d. l. tria onera* dicit *sæpe rescriptum esse non prodesse*. Verum tamen est, Patrem, si filius susceperit tutelam non voluntate ipsius Patris, teneri de peculio per textum *in l. si filius familias. ff. de tutel.*, quia etiam inuitus de eo obligatur per textum *in l. si quis seruum. §. etiam. ff. de pecul.*, cum peculium reputetur tanquam patrimonium filij, non Patris. Quod si obijciatur textus *in l. si quis inter tres in princip., & §. Imperator Adrianus. ff. de excus. tut.*, vbi expresse dicitur, quod, si filius existens in potestate Patris creetur tutor, & Pater noluerit cauere, adhuc & Pater obligetur pro tali tutela filij, & per consequens etiam si filius administrat sine voluntate Patris, periculum spectet ad Patrem, sicque habeantur ac si essent in eadem domo, & propterea, si extant aliæ duæ tutelæ in eadem sic legitima causa excusationis; tunc respondendum erit hæc, quæ dicuntur in hoc textu *l. si quis inter tres* procedere, quando voluntas Patris in negatione satisdationis non est regulata, sed fraudulenta, & artificiosa, prout colligi videtur ex verbis eiusdem textus, Ibi *in hoc artificio perseuerauerit*, & sequentibus, *te huic fraudi rectè occursurum*, adeoque vt potè debita habetur talis voluntas proposita; illa vero quæ dicuntur *in d. l. tria onera*, procedunt quando talis negatio voluntatis est iusta, rationabilis, & regulata, quia tunc Pater non obligatur pro filio, nec tunc ipse Pater intelligitur gerere talem tutelam,

47 Si Patre habente tres tutelas filius alteram administret non voluntate Patris, Pater tenetur de peculio.

Dissoluitur argumentum contrarium.

Dubitatur septimo. An si quis habeat duas tutelas distinctas, & eidem deinde duæ aliæ superinducantur, excusetur ab vtraque superinducta, an tantum ab altera illarum, & quanam? In hoc considerandum est, an duæ posteriores fuerint superinductæ pro diuerso tempore, an vero pro eodem tempore, adeout nequeat apparere, quænam prior fuerit inducta. Respondendum est, primo, quod si fuerint pro diuerso tempore superinductæ, prior ex illis posteriori præferatur, sicque illa auxiltabitur ad remissionem alterius, prout expresse habetur *in l. si duas habenti tutelas. ff. de excus. tut.*, vbi etiam ampliatur, quantumuis Imperator fuerit, qui quartam iniunxerit, & alius ab Imperatore promouerit ad tertiam, quia tunc præsumendum est; quod, si Imperator nouisset tertiam iniunctam, non superinduxisset quartam, quod idem intellige, si habens illas duas tutelas promotus fuerit ad tertiam, antequam cognouerit Imperatoris mandatum; quæ omnia habentur *in d. l. si duas habenti*. Respondendum est, secundo, quod, si fuerint pro eodem tempore superinductæ, ita vt non

48 Si Patri habenti duas tutelas duæ aliæ superuenerint, prima superueniens excludit posteriorem.

49 Si superuenerint pro eodē tempore, ille, qui illas induxit, debet declarare quænam debere habere locum.

non poſſit apparere, quænam fuerit prior, tunc ille, qui tales tutelas ſuperinduxit, debet declarare, quænam ex illis duabus tutelis debeat præferri, non autem debet ille, in quem fuerunt ſuperinductæ, eligere, vt manifeſtè elucet ex eodem textu. Si autem ſupponamus, quod à diuerſis inductæ fuerint illæ duæ tutelæ, nec conſtet, quænam fuerit prior, tunc arbitrarer in ordine ad illos duos Iudices, qui detulerunt illas duas tutelas dari locum præuentioni ad declarandum, an ſua, an aliena ſit præferenda; Sed Gloſa *in d. l. ſi duas habenti in verb. eliget in fin. ff. de excuſ. tut.*, arbitratur, recurrendum eſſe ad ſuperiorem, eiuſque ſtandum reſolutioni *arg. textus in l. duo. ff. de re iud.*

50 Si fuerint inductæ à duobus Iudicibus, quomodo res dirimenda.

Dubitatur octauo. An ſi quis habuerit duas tutelas, & deinde vocatus ad tertiam excuſationem propoſuerit ex aliqua cauſa, & fuerit ab excuſatione reiectus, & appellauerit, & pendente adhuc iudicio appellationis ad quartam tutelam fuerit promotus, ſit ab altera illarum, & quanam, vel ab vtraque excuſandus? Hoc in primis certum eſt, quod promotio ad quartam pendēte adhuc iuditio appellationis quoad tertiam non teneat iuxta textum *in l. diximus. ff. de excuſ. tut.* Ibi- *& à D. Vero, & Antonino conſtitutum inuenio non oportere ad quartam promoueri à tertia appellantem*, quia vt *ibidem Gloſa* ſubdit ipſo iure non tenet vocatio ad quartam, adeoque non habet neceſſe quoad illam ſe excuſare. Deinde dico in illa hypotheſi, ſeu contingentia facti expectandam eſſe ſententiam in cauſa appellationis a tertia, per quam, ſi appellatio à tertia iuridica, & legitima fuerit iudicata, ſubintrahit quarta, & ſic finis tertiæ erit initium quartæ, ſi vero appellatio illa fuerit reprobata, tunc tertia locum habebit tutela, & quarta non obtinebit, ſed poterit excuſatione elidi. Hæc omnia colligo *ex d. l. diximus. ff. de excuſ. tut.*

51 Si habēs duas tutelas fuerit vocatus ad tertiam, à qua appellauerit, & pēdente appellatione vocatus fuerit ad quartam, hæc non tenet pendente eadem appellatione.

52 Si appellatio fuerit legitima iudicata subintrat quarta.

Dubitatur nono, an, ſi quis habuerit tres tutelas, & vna fuerit terminata vel per mortem pupilli, vel quia pupillus factus fuerit maior, non tamen adhuc illius fuerit reddita ratio, poſſit ſe excuſare ab vlteriori tutela? Reſpondendum eſt in hac hypotheſi non adeſſe legitimam excuſationem, quo minus teneatur ſuſcipere vlteriorem tutelam. *Ioannes Gutierez. de tut. & Curat. part. 1. c. 21. num. 10. & alij communiter.* Expreſsè colligitur ex textu *in l. vnica. C. qui num. tutel. ſe excuſ.* Ibi- *Finito autem officio pubertate pupillorum, vel ætate adoleſcentium alia ſubſtitui poſſunt, licet nondum ratio tutelæ ſeu curæ adminiſtratæ reddita ſit*; quod idem videtur haberi *in l. ſi is qui tres tutelas. ff. de excuſ. tut. in princip.*; Nec obſtat, quod ante redditionem adminiſtrationis tutelæ pupilli vel defuncti, vel facti puberis periculum eiuſdem ad ipſum tutorem pertineat; Non obſtat, inquam, quia onus reddendæ rationis non præſtat effectum, quod tutela reſpectu defuncti, vel facti puberis non ſit finita: iura autem præciſè conſiderant, quod prior tutela fuerit completa quoad hunc effectum excuſationis ab vlteriori.

53 Si vna ex tribus tutelis fuerit terminata, non tamen eius reddita ratio, illas habens non poteſt ſe excuſare ab alia tutela.

Dubitatur decimo. An, ſi habenti tres tuteles fuerit quarta delata, à qua non ſe excuſauerit intra præfinitum tempus à iure, teneatur illam aſſumere, & periculum eiuſdem ad ipſum pertineat? Reſpondendum eſt, teneri aſſumere, nec amplius eſſe locum excuſationi *Gloſa in d. l. ſi is qui ff. de excuſ. tut.* hocque colligi videtur ex textu *in l. quinquaginta dies, & l. quinquaginta dierum. C. & ff. de excuſ. tut.*, vbi elapſo tempore ad excuſationem, eaque non interpoſita non amplius ſuper illa audientia admittitur.

54 Si habēti tres tutelas fuerit quarta delata à qua ſe non excuſauerit, non poteſt hic à quarta ſe excuſare.

Dubitatur vndecimo, an, ſi duo teſtatores eodem tempore detulerint duas tutelas habenti iam duas alias, quænam ex his duabus ſic poſterius delatis debeat habere locum cum excuſatione reſpectu alterius? Conſiderandum eſt, an illæ poſteriores tutelæ per teſtatores delatæ fuerint purè, an vero ambæ ſub conditione, an vero vna purè, altera ſub conditione? Si ambæ purè fuerint delatæ, inſpiciendum erit, cuius teſtatoris hæreditas fuerit prius adita, & illa erit præferenda, & in ordine ad aliam poterit tutor ſe excuſare; Si ambæ fuerint delatæ ſub conditione, tunc illa erit præferenda, cuius conditio prius fuerit purificata, ſi quidem illa immediate habet locum ſtatim, ac conditio habuit effectum; ſi verò vna fuerit pure, altera ſub conditione delata; tunc pura præferenda eſt, & quoad conditionatam poſita conditione erit locus excuſationi. Hæc omnia colligo *ex d. l. ſi is qui tres tutelas. ff. de excuſ. tut.* Ibi- *Non apertarum tabularum tempus inſpici debebit, ſi quæratur quæ prior delata ſit tutela, ſed aditæ hæreditatis, & conditionis exiſtentis.*

55 Si habēti duas tutelas aliæ duæ fuerint ſimul delatæ purè illa præferenda eſt, cuius hæreditatis fuerit prius adita.

56 Si fuerint delatæ ſub conditione, illa præferenda eſt, cuius conditio prius fuit purificata.

57 Si vna ſub conditione, altera purè, pura præferēda eſt.

Dubitatur duodecimo. An, ſi quis habeat tres tutelas, & propterea legitimam excuſationem ab vlteriori, poſſit etiam ſe excuſare quoad tutelam fratris ad ſe poſtea vel a Patre, vel a lege, vel à Iudice delatam? Ex dictis in præceden-

cedentibus, quod scilicet Pater habens iam tres filios Romæ vltra alium emancipatum non possit se excusare à tutela filij sui emancipati, eo quia hoc esset contra naturales stimulos, videtur etiam asserendum, quod Frater habens iam tres tutelas distinctas non possit se escusare à tutela fratris sui, cum hoc etiam videatur pugnare naturali pietati, & contra naturales stimulos.

58 Habens tres tutelas excusatur etiã à tutela Fratris sui.

Nihilominus contrarium statuitur *in l. iurisperitos. §. qui priuilegio subnixus est. ff. de excusat. tut.* Ibi- *Qui priuilegio subnixus est fratris curationem suscipere non cogitur*; Nec valet id, quod de Patre dicebatur in ordine ad filium amancipatum, quandoquidem ius, & natura strictius onus agnoscunt in Pxtre erga filium, quam in fratre erga fratrem, & licet emancipatio aliquod demat de onere, & debito Patris erga filium, hoc ad summum est quoad iura ciuilia, non quoad naturalia. Sed aduerte, quod ea, quæ dicuntur de Patre in ordine ad filium emancipatum, procedant dumtaxat, quando habet tres filios sub sua potestate Romæ, & vnum emancipatum. Cæterum, quando Pater habet duas tutelas, & vnum filium emancipatum, diximus *in dubit. 5.* quod possit se excusare. Si autem quæratur, cur habens Romæ tres filios, & alibi quatuor, vel quinque vltra emancipatum non possit se excusare à tutela emancipati, habens tamen tres tutelas possit se excusare ab illa filij emancipati; dicam causam esse, quia maius est onus trium tutelarum distinctarum, quam onus trium filiorum.

Dubitatur tertiodecimo, an, si quis habens tres tutelas trium pupillorum habentium distinctum, & separatum patrimonium vocetur ad quartam, sed antequam excusationem proponeret pro quarta, abstinere fecerit seruatis seruandis vnum pupillum ab hæreditate Patris, possit nihilominus ab illius quartæ susceptione excusari? Certum est ex supradictis, quod tutor etiam testamento datus nou adita hæreditate non possit munus tutelæ exercere; quo posito ad præsentem dubitationem dico, non posse se excusare à quarta, prout expreisè definitur *in d. l. si is qui tres tutelas. ff. de excus. tut.* & ratio es eo deducitur, quia ex eo, quod abstinere fecerit vnom ex prioribus pupillis ab hæreditate Patris, intelligitur tutela respectu eiusdem terminata, vnde dici non potest habere tres tutelas, sed duas, cum tertia defecerit per renuntiationem, seu repudiationem hæreditatis. Quod, si dicatur, quod, cum es supradictis tutela detur principaliter personæ, & non nisi secundariò rebus, ex defectu rerum, seu patrimonij non arguatur, quod defecerit tertia tutela, quandoquidem adhue tenetur ad curam, & defensionem personæ, quod principalius est, adeoque perseuerante tertia tutela quoad principaliora munera non possit esse locus quartæ; statim erit impugnatio, quia iura quoad huiusmodi excusationes considerant præcisè onera quoad confectionem inuentarij, quoad administrationem bonorum, quoad periculum, cui subditur tutor, quoad redditionem rationum, & similia, quæ potius concernunt bona, quam personam; vnde, si sint plures pupilli, & vnum dumtaxat patrimonium, non distinguunt numerum tutelarum ad numerum pupillorum, sed ad numerum patrimoniorum, item, si tutelæ sint leues, seu leuissimæ, quantumvis fuerint tres, non concedunt remissionem ab vlteriori tutela per ea, quæ supra commendauimus, neque cessante vno patrimonio quoad hunc effectum escusationis cessat etiam tutela.

59 Si quis vocatus ad tres tutelas distinctas abstinere fecerit vnum pupillum ab hæreditate Patris sui non potest se excusare ab alia tutela.

Tertio proponitur discutiendum, an quis propter ætatem, & quamnam possit excusari à munere tutelæ? In hoc communiter conueniunt, quod maior septuaginta annis possit se tueri excusatione. Hoc expreisè habetur *in §. item maior Instit. de excus. tut.* Sed quid, si præcise habuerit annos septuaginta? Tunc sufficit, & requiritur, quod eosdem annos compleuerit, prout habetur *in l. excusantur in princip. ff. de excus. tut.* Ibi- *Qui septuaginta annos compleuerunt*; & licet ibidem subdatur. *Excessisse autem oportet septuaginta annos tempore illo, quo creantur*, intelliguntur eo ipso excessisse, quo compleuerunt; ex quibus babetur, quoad hoc non attendendum esse tempus escusationis, sed tempus, quo creatus est tutor Ibi- *Non intra tempora excusationis*; vnde quoad hoc, si datus fuerit vel a lege, vel à Iudice, tunc debet compleuisse, quando fuerunt creati; si vero fuerit datus à testatore, debet compleuisse tempore, quo valet datio, nempe tempore aditæ hæreditatis illius, qui talem tutorem dedit, si dedit eum purè, si verò sub conditione, debet escessisse tempore conditionis purificatæ. Hæc omnia colligo *ex d. l. excusantur, & ex Glosa ibid. ff. de excus. tut.*

60 Maior septuaginta annis potest se excusare à munere tutelæ.

61 Sufficit, quod compleuerit septuaginta annos, quando creatus est.

62 Si datus fuerit à testatore sufficit, quod compleuerit tempore aditæ hæreditatis.

Quid verò sentiendum sit, si tempore, quo datus est tutor, vel à lege, vel à Iudice, non compleuerit, vel escesserit dictos annos septuaginta; compleuerit tamen, vel excesserit pro tempore, quo ipsi

inno-

innotuit, se datum esse tutorem? Textus allegatus *in d. l. excusantur*, videtur exigere complementum, seu excessum pro tempore dationis, non pro tempore notitiæ, vt legenti sit manifestum, quod clarius videtur colligi ex illis verbis. *Non intra tempora excusationis*, vbi cum non sint attendenda tempora excusationis, quæ incipiunt tantum a die notitiæ tutelæ delatæ per textum *in l. quinquaginta dies C. de excus. tut.*, vtique rectè inferri videtur, quod non sit attendenda dies notitiæ habitæ, quæ solum respicit excusationem; si etenim non est attendendum tempus excusationis, neque attendendum erit tempus notitiæ, quæ datur propter illam. Adde, quod eo ip-

63 Sententia asserens, quando per Iudicem datus est, quod debeat compleuisse pro tempore dationis, nec sufficiat, si compleuerit tempore notitiæ.

so, quo per decretum ipsi delata est tutela, est tutor, & antequam excusetur, prout habetur *in l. si is, qui tres tutelas ff. de excus. tut.* Ibi- *Nam ipso iure tutor est*, nam, si non obstante, quod babeat tres tutelas, tutor est, antequam interponat excusationem, etiam erit tutor, quando ipsi simplicitèr tutela delata est, quamuis adhuc non habeat notitiam delationis, ergo, cum in allegato textu *in l. excusantur* præcisè requiratur, quod pro tempore delationis habeat completos illos septuaginta annos, vtique solum babebit excusationem, si pro illo tempore, quo est factus tutor, compleuerit, nec sufficiet, si subsequentèr compleuerit pro tempore, scilicet babitæ notitiæ de delatione. His tamen non obstantibus, non incongruum arbitrarer, asserere, quod, si pro tempore habitæ notitiæ

64 Probabilius tamē sufficit, si compleuerit tempore notitiæ.

compleuerit enuntiatum tempus septuaginta annorum possit se legitimè excusare, quia pro illo tempore dumtaxat incipit obligare, & quamuis dici posset, quod sit tutor a tempore delatæ tutelæ, non est tamen tutor cum aliqua obligatione, quæ solum incipit a die notitiæ habitæ, Nec obstant ea, quæ dicebantur pro contraria opinione, quod scilicet non sint inspicienda tempora excusationis, quia hæc procedunt, quando electus iam suscepisset tutelam, & deinde superueniente tali ætate vellet excusationem proponere, quod non est admittendum, vt statuit textus *in d. lege*. Cæterum, si nondum susceperit, & solummodo postquam peruenerit ad talem ætatem, conscius fuerit delationis tutelæ in se factæ, non video, cur tunc non possit opponere excusationem, cum ex tunc solummodo incæperit obligari.

Ratione eiusdem ætatis nonnulli etiā adesse causam excusationis in minoribus vigintiquinque annis asserebant; sed isti procedebant attentis iuribus antiquis, secundum quæ etiam minores admittebantur ad tutelas; sed modo in stante noua Constitutione Iustiniani Imperatoris, cuius meminit *in §. item maior vers. minores autem Instit. de excus. tut.*, cum absolutè repellantur ab huiusmodi munere, non indigent hac excusatione; & ibidem redditur ratio, quia *incivile est eos, qui alieno auxilio in rebus suos administrandis egere noscuntur, & ab alijs reguntur, aliorum tutelam, vel curam subire*.

65 Minores 25. annis non indigent excusatione cum ipso iure repellātur

Sed hic oritur difficultas, an ea, quæ hic dicuntur de minoribus exclusis simplicitèr a tutela, æquè sint intelligenda de minoribus datis à lege, vel à Iudice, ac de datis per testamentum? Difficultas ex eo procedit, quod in præcedentibus diximus, quod scilicet nec lex, nec Iudex possint dare tutorem sub conditione, vel in diem, sed teneantur dare purè, & simplicitèr; testator autem possit, & in diem, & sub conditione dare; ex quo videtur sequi, quod datio tutelæ facta in minorem a testatore non sit nulla, sicuti est ipso iure nulla datio facta à Iudice, vel à lege minori, ac proinde licet quoad hanc non sit opus excusatione, tamen sit necessaria excusatio quoad illā, si minor velit se subtrahere ab illo onere.

66 Minor datus tutor in testamento potest se excusare.

Quod autem minor possit dari tutor in testamento docent *Montanus de tut. & curat. c. 35. nu. 183 Glosa in §. furiosus Instit. Qui testam. tut.* Quemadmodum inhabilis potest tutor in testamento scribi, & intelligitur, cum erit babilis *Paulus in l. furiosus ff. de tutel.*, *Vulpianus in l. si hæreditas §. si furiosus ff. de testam. tut.*, & ratio est, quia inspicitur non tempus, quo actus geritur, sed quo effectus consummatur. Propter hanc rationem, quod scilicet minor possit tutor in testamento scribi, *Montanus loc. cit.* videtur asserere, quod minor tutor testamento datus possit se excusare; dum enim a generali regula, qua dicitur, quod minoribus non est opus excusatione, quia tutela eisdem delata nullius roboris est, excipit casum, quo minor testamento tutor datus est, vtique videtur sentire, quod possit se excusare, si velit se ab illa subtrabere. Sed difficile est in hoc casu, & secundum hanc sententiam explicare, quandonam, & quomodo possit se excusare; Si dicatur, quod possit, & debeat excusationem proponere immediatè, ac ipsi innotuerit, quod sibi delata sit tutela, quantumuis perseuerat in minoritate, videtur obstare, quod, cum pro illo tempore minoritatis eidem non inhæreat onus tutelę, cum alius interim dandus sit tutor, vel curator, vt explicat idem *Montanus loc. cit.*, non videtur posse agere ad eiusdem

depositionem; non enim potest deponi onus, quod non habetur; Si dicatur, quod possit,& debeat excusationem protestari, cum primum eidem onus fuerit impositum; nec hoc videtur posse subsistere, quia, cum non imponatur onus, nisi postquam maior fuerit effectus, iam tunc non habet causam excusationis ratione ætatis. Si tandem dicatur, quod ex tunc, cù primo tutela ipsi est collata, possit excusationem proponere, quæ referatur ad effectum, vt eidem non imponatur, quando adueniente maioritate esset imponenda; nec hoc videtur posse subsistere, cum effectus referatur ad tempus, quo non est locus excusationi, quamuis protestatio sit posita antecedenter, perinde enim est, ac si fit posita solummodo pro tempore, quo deberet effectum sortiri; vnde protestanti ratione ætatis posset apponi, quod onus non imponitur pro illo tempore talis ætatis, hoc est minoritatis, sed pro tempore, quo fuerit maior effectus. Sed retenta prima opinione afferente minorem datum testamento posse se excusare, dicendum erit, quod, sicuti tutor potest valide dari per testatorem, adeout à principio teneat talis collatio, quantumuis administratio reseruetur pro tempore maioritatis, ita etiam pro tempore, quo tutor datus est, & pro quo adhuc perseuerat in minoritate, possit se excusare ad effectum, vt ipsa datio ex tunc tollatur, & per consequens etiam administratio, cum sublato effectu collationis non possit in ipso habere locum administratio.

Variæ difficultates propõnütur, & dissoluuntur.

Quarto proponitur discutiendum, an defectu membrorum, vel sensuum possit quis se excusare a munere tutelæ sibi delatæ?

67 Spadones etiam carentes vtroque testiculo non possunt se excusare à munere tutelæ.

Certum est primo, spadones etiam carentes vtroque testiculo ex hoc non habere sufficientem causam excusationis, prout habetur *in l. 1. C. de excusat. tut. & l. spadonem ff. eod. tit.*; non enim ex tali carentia redduntur inhabiles ad res suas administrandas, & alienas; quinimmo promptiores videntur, cum eximantur a carnalibus voluptatibus, quæ passim sensus opprimunt, mentemq; distrahunt, vt alijs ita sedulo vacare non possint. Adde, quod in ordine ad pupillas regendas tutiores videntur, cum nullum possit esse periculum &c. Sed circa hos proponit difficultatem *Paulus Montanus de tut. & curat. c. 35. n. 35.*, an ea, quæ dicta sunt intelligenda sint præcisè de Castratis, an verò etiam de natura sterilibus, & concludit potius sumenda esse pro primis, quam pro secundis. Sed quoad præsentem effectum non video rationem diuersitatis; quamuis enim natura steriles non possint in rigore dici Spadones, quoad effectum tamen negationis excusationis pares videntur, cum vterque habilis sit ad administrationem rerum suarum, & alienarum.

68 Idem dic de natura sterilibus.

Certum est secundo, carentes alijs membris, quorum defectus non possit impedire administrationem, non legitimè excusari posse à munere tutelæ; cum etenim impares non sint ad hæc munera, non est, cur ob hos defectus possint legitimè proponere excusationem. Quinam autem sint defectus, qui non impediant administrationem, & quinam sint, qui impediant, remittendum est Iudicis regulato arbitrio. *Decius cons. 103. num. 7., Angelus in §. litec num. 3. Instit. Quib. ex caus. manum. non lic., Menochius de arbit. Iud. lib. 2. cas. 65.*

69 Idem de alijs carentibus alijs mẽbris, quæ non impediunt administrationẽ.

Certum est tertio, quod, si post susceptam tutelam quis factus fuerit cæcus, aut mutus, aut surdus possit a tutela se excusare, eamque deponere, prout expressè habetur *in l. post susceptam ff. de excus. tut.*; impar enim videntur ad prosequendum tale munus. Dixi *post susceptam tutelam*, nam, si tales fuerint, antequam deputarentur ad tutelam, cum datio intelligatur ipso iure nulla per ea, quæ antecedentèr commendauimus, non videntur indigere excusatione. Intellige tamen, quod sit nulla datio, quando antecedentèr ad ipsam erat simplicitèr cæcus, surdus, aut mutus, secus quando erat solummodo carens vno oculo, aut debilitatus in visu, aut balbus, & non merè surdus per ea, quæ docui in *pranot. praced. sub octaua consideratione*; Sed quid dicendum erit, si post susceptam tutelam factus fuerit non simpliciter cæcus, surdus, & mutus, sed solummodo vno oculo priuatus, surdaster, & balbus, an poterit se excusare à suscepta tutela, eamque dimittere? Tunc per Iudicem considerandum erit, an defectus fuerint tales, vt impediant rectam administrationem, seu possint impedire, nec ne? & secundum talem considerationem arbitrandum.

70 Si quis post susceptam tutelam factus fuerit cæcus, mutus, & surdus potest se ab eadem tutela excusare.

Certum est quarto, quod, si aduersa valetudo superuenerit, ratione cuius non possit aptè superesse negotijs tutelæ, possit quis se excusare ab onere eiusdem, prout habetur *in §. item propter aduersam valetudinem Instit. de excus. tut.* Vtrum verò hæc aduersa valetudo, quantum ad hunc effectum excusationis intelligenda sit de perpetua, an verò de temporali? In præcedentibus *sub hoc eodem titulo pranot. 19. sub consideratione 6.* diximus, quod, si hæc tutela fuerit a Iudice data,

71 Si post susceptã tutelam factus fuerit infirmus non potens administrare potest se excusare.

data, & fuerit infirmitas etiam temporalis antecedenter ad dationem, non teneat talis datio, quia Iudex non potest dare sub conditione, nec in diem, quod tamen intelligendum est, quando aduersa valetudo est radicata, & quodammodo habitualis, secus verò, quando consistit in quadam humorum intemperie excitata per excessum caloris, quæ de facili per ordinaria remedia tolli possit, quia, cum de facili sit auferabilis, non est computabilis pro impedimento sufficienti. Quid verò sentiendum sit, si aduersa valetudo sit radicata, sed superuenerit ad susceptam tutelam? tunc, cum difficilius tollatur, quod inductum est, eum iam sit in pleno iure possessionis, crederem posse dari locum excusationis, si aduersa valetudo fuerit talis, propter quam negotijs tutelæ non possit superesse, & iuxta hunc sensum arbitror procedere textum *in d. §. item propter aduersam valetudinem*.

72 Quinto proponitur discutiendum, an propter paupertatem quis possit excusari à munere tutelæ? De hoc extat textus *in §. sed, & propter paupertatem Instit. de excus. tut.* vbi sic legitur. *Sed & propter paupertatem excusationem tribui, tàm D. Fratres, quàm per se D. Marcus rescripsit, si quis imparem se oneri iniuncto possit docere*, quod explicans *Molina de iust. & iur. tract. 2. disp. 222. vers. item propter paupertatem* dicit, si tota sua industria, ac tempore indigeat ad se ipsum competenter sustentandum; ex quibus conformiter ad ea,

73 quæ diximus *in præcedenti prænot. sub consideras. 16.* deduci potest, paupertatem secundum se non excusare ab onere tutelæ, sed dumtaxat, vel prout coniungitur cum suspicione, ne bona pupillorum in sui subuentionem conuertat; vel eum onere sibi subueniendi, ratione cuius totam industriam, totumque tempus teneatur insumere ab sibi consulendum, suisque egestatibus; vnde, quantumuis satisdederit potest etiam excusationem proponere, quia satisdatio cautum quidem reddit pupillum quodammodo quoad sua bona, non autem tollit necessitatem, quam habet tutor pauper impendendi suam industriam, & tempus in ordine ad propriam subuentionem, propter quam rationem conceditur ex-

74 cusatio. Hæc tamen paupertas, seu quod quis sit impar oneri iniuncto exequendo propter paupertatem probandum est per allegantem paupertatem, seu ineptitudinem ad onus illud exequendum, propter paupertatem, vt colligitur ex d. textu §. *sed, & propter paupertatem in fin.* Ibi *Si quis imparem se oneri possit docere*, & probat *Paulus Montanus de tut. & curat. c. 35. num. 142. & seq.*, quia scilicet neque diuitiæ, neque paupertas præsumuntur; vnde Iudex diligenter explorare debet, vt notat *Bartolus in l. in illa stipulatione in fin. ff. de verb. oblig.*, ne fortè sub paupertatis colore effugiat, atque detrectet publicum tutelæ munus subire.

Sexto proponitur discutiendum, an propter imperitiam in legendo, & scribendo quis possit se excusare à munere 75 tutelæ? Cum distinctione respondendum existimo, vel etenim cum illa imperitia legendi, & scribendi est coniuncta simplicitas, & imperitia in negotijs peragendis; vel cum illa est coniuncta sagacitas, prudentia, & accurata versutia. Iuxta primum sensum asserendum est sic imperitum posse se à tutela excusare, prout expressè habetur *ex §. similitèr Instit. de excus. tut.*, & in hoc consentiunt *Molina de iust. tract. 2. dist. disp. 222. vers. qui neque scribere, neque legere*, *Paulus Montanus de tut. & curat. c. 35. num. 157.*, *Ioannes Gutierrez de tut. & curat. part. 1. c. 21. n. 17.*, qui omnes ea ratione vtuntur, quia facile falli possunt, & subesse ob memoriæ labilitatem varijs damnis, cum etenim teneantur tutores inuentarium conficere, administrare, & rationem administrationis reddere quomodo hæc poterit rectè gerere, si nesciat legere, & scribere? Quod, si dicatur, quod quoad confectionem inuentarij possit vti alterius ministerio, & etiam in conscribendis rationibus dati, & accepti; adhuc non tollitur, quin habeat iustam causam excusationis, cum etenim supponatur rudis, simplex, & impar negotijs peragendis poterit per alium tum in illa confectione inuentarij, tum in conscriptionibus damnificari; ob quod periculum poterit excusationem protestari. Iuxta secundum sensum dicendum est, non posse iu- 76 stè se excusare, & in hoc consentiunt omnes præcitati, & alij, & ratio est, quia sagacitas, & accurata solertia in negotijs peragendis præponderat illi imperitiæ in legendo, & scribendo, & facilè, qui pollet tali sagacitate, potest obuiare damnis, quæ ex aliorum, quorum vtitur ministerio, scriptione possent prouenire. Hæc omnia secundum vtrumque sensum habentur *in l. Athleta §. fin. ff. de excus. tut.*

Septimo proponitur discutiendum, 77 an ratione alicuius publici officij, seu ministerij possit quis legitimè se excusare à tutela? Inter hæc publica munera, & ministeria placet in præsenti disceptatione administratores rerum Principis, rerumque Fiscalium Procuratores Fisci. Ab-

Pauperes impares tali muneri possunt se excusare.

Quando nam intelligantur impares tali muneri.

Hæc tamen paupertas impar probanda est.

Imperitus in legendo, & scribendo, si sit coniunctus cum imperitia in negotijs peragendis tribuit sufficientem excusationem.

Si tamen sit sagax in negotijs peragendis excusari non potest.

Quænam nomine publicorum officiorum.

Absentes causa Reipublicæ, Conductores vectigalium, Habentes maiorem magistratum, Assumptos in consilium Principis, eiusque lateri adhærentes, Silentiarios computare; item milites, & adscriptos militię, siue actu sint tales, siue fuerint; Item Iudices, Procuratores, & ministros iustitiæ deputatos; Item Magistros Grammaticæ, Rethoricæ, Dialecticæ, Physicæ &c. Professores medicinæ, eamque exercentes, Iurisperitos, & eminentes in qualibet disciplina vbicumq; eam doceant, de quibus omnibus, & alijs similibus potest esse controuersia, an excusentur.

78 Excusari possunt administratores rerum Principis, & Procuratores Fisci.

Loquendo de administratoribus rerum Principis, rerumque fiscalium, & de Procuratoribus Fisci habetur expressus textus eos excusans à munere tutelæ *in §. item Diuus Marcus Instit. de excus. tut.*, cum etenim sint obstricti negotijs Principis, & Fisci, vix videntur posse vacare muneri tutelæ. Hac eadem ratione videntur posse excusari conductores Gabellarum contra id, quod habetur *in l. spadonem §. qui vectigal ff. de excus. tut. & ibi Bartolus, & DD. Glosa in l. semper §. conductores in verb. non obstringuntur ff. de iur. immun.*, *Bartolus in l. unica §. fin. C. ne tut. vel curat.*, vbi videntur asserere, quod conductores Gabellarum Ciuitatis ex hoc munere non habeant excusationem.

79 Conductores gabellarum, si habeāt bona Fisco hypothecata repelluntur à tutela.

Sed circa huiusmodi gabellarum conductores aduertendum existimo, an ex ipsa conductione obnoxia habeant bona hypothecæ erga fiscum, vel nihil habeant commune cum fisco; Si habeant bona Fisco hypothecata, iuxta ea, quæ supra diximus *in præcedenti prauos. sub consideratione 15. per totum*, non sunt admittendi ad tutelam ob periculum damni, quod pupillis posset contingere;

80 Si nihil debent fisco non videntur excusādi.

si nihil Fisco debeant, nec eidem habeant bona obnoxia, non videntur excusandi propter textum *in d. l. spadonem vers. Qui vectigalia ff. de excus. tut.* Exactores tamen tributorum perseuerante tali munere excusantur, vt probat *Gutierez de tut. & curat. part 1. c. 21. num. 4.*

81 Exactores tributorum perseuerante tali munere excusantur.

Loquendo vero de absentibus causa Reipublicæ extat expressus textus *in §. item qui Reipublicæ Instit. de excus. tut.*, qui eos excusat; vbi tamen aduertitur, quod, si ante absentiam causa Reipublicæ dati fuerint tutores, vel curatores excusentur solum, quatenus, seu pro tempore, pro quo causa Reipublicæ absunt, & interim pupillis detur curator, adeout post reuersionem teneantur reassumere tutelam, quod etiam habetur *in l. filiusfamilias §. fin. ff. de Procur. & in l. 2. C. si tutor, seu curat. Reipubl. caus.*;

82 Absentes causa Reipublicæ excusantur.

Non tamen habent annum vacationis post reuersionem, prout expressè habetur *in d. §. item qui Reipublicæ Instit. de excus. tut.*, nec obstat textus *in d. l. 2. C. si tutor vel curat. Reipub. caus.*, nam eius dispositio intelligenda est quoad nouas tutelas a tempore reuersionis, vt expressè dicitur *in d. §. item qui Reipublicæ*, & notat *Glosa in d. l. 2.* non autem quoad tutelas iam susceptas ante absentiam.

83 Si ante absentiā causa Reipublicæ dari fuerit excusantur tantum pro tempore absentiæ.

Ea, quæ dicta sunt de absentibus causa Reipublicę, intelligenda sunt etiā quoad profecturos causa eiusdem, vt expressè habetur *in l. administrantes §. eorum ff. de excus. tut.*, *Paulus Montanus de tut. & curat. c. 35. num. 88.*, vbi etiam reddit rationem.

84 Non habent annum vacationis post reuersioné.

Hic tamen aduertendum est, quod huiusmodi absentes, seu profecturi causa Reipublicæ debeant proponere excusationem, ne periculo medij temporis obstringantur, per textum expressum *in l. 1. C. si tutor, vel curat. Reipubl. caus.*

85 Intellige prædicta etiam de profecturis causa Reipublicæ.

Quod, si non proposuerit huiusmodi excusationem, poterit quidem conueniri pro tutela, sed poterit postulare, vt primo loco conueniatur ille, qui administrauit pro illo tempore, vt expresse habetur *in d. l. 1.* Neque obstare potest textus *in §. quod si tutor Instit. de curat.*, vbi dicitur, quod, si tutor aliqua necessitate impediatur, quo minus negotia pupilli administrare possit, quem velit Actorem periculo ipsius tutoris Prætor, vel qui Prouinciæ præerit, constituat; ex quibus videtur deduci aduersus ea, quæ modo dicta sunt, quod, etiam si datus fuerit curator, periculum stet penes ipsum tutorem; Non, inquam obstare potest, quia vt benè notat *Glosa in d. l. 1. in verb. postulabis C. si tutor vel curat. Reipub. caus.* in illo §. *si tutor* est sermo de simplici actore, hic autem est sermo de curatore; diuersa autem est ratio de vno, ac de altero, nam Actor agit nomine eius, à quo constituitur; curator verò agit ex proprio munere.

86 Huiusmodi absentes, seu absfuturi ex causa Reipublicæ debent proponere excusationem.

87 Qui profecturus est vltra mare potest in perpetuū excusari.

Quamuis autem dixerimus, quod tutor, qui abest, vel abesse debet causa Reipublicæ post susceptam tutelam, possit se excusare dumtaxat pro tempore absentiæ, & post reuersionem debeat immediate reassumere tutelam; hoc tamen aduertendum est, quod, si debeat esse absens, & proficisci vltra mare possit in perpetuum excusari, siue tutelam deponere, vt notat *Montanus de tut. & curat. c. 35. num. 98.*, hocque exprese colligitur ex textu *in l. verum §. ex facto ff. de minor.*

Nec solum illi, qui ex aliquo munere sibi iniuncto Reipublicæ causa profecturi

88 Etiam comites eorum, qui profecturi sunt causa Reipublicæ possunt se excusare.

fecturi sunt, excusari possunt à tutela, iuxta modum expositum, sed etiam qui comites illis adiunguntur per textum *in l. administrates. §. eorum. ff. de excus. tut.*, vbi additur, *dummodo tamen sint infra statutum numerum*.

89 Etiam habentes maiorem magistratum se excusare possunt.

Loquendo de habentibus maiorem Magistratum existant manifesti textus *in l. Atleta vers. gentium, & §. remittuntur. ff. de excus. tut. & in §. item qui potestatem Instit, hoc titulo*, vbi conceditur excusatio. Sed hic immediatè insurgit difficultas, quinam veniant nomine habentium maiorem Magistratum? dicendum in genere venire illos, qui habeat merum imperium, quod nihil aliud est, quam potestas animaduertendi in facinorosos homines per textum *in l. imperium. ff. de iurisdict. omn. Iud., Montanus de tut. & Curat. c. 35. num.* 102.

90 Quinam veniant nomine maioris magistratus.

Signanter, & in particulari veniunt primo Præsides, & Magistratus per textum *in d. l. Atleta in principio. ff. de excusat. tut., & in §. remittuntur*. Secundo Magistratus etiam municipalium *Baldus in §. item qui potestatem in verb. potestatem Instit. de excusat. tut., Cuiatius ad l. 5. in fin. ff. de excus. tut., Minsing. cons.54. n.16.* Sed contra est textus expressus *in l. propter Magistratum. ff. de excus. tut.* Tertio veniunt præfecti vigilum, & Annonæ vt explicat *Glosa in §. item qui potestatem*. Quarto veniunt Senatores habentes dignitatem cum potestate propter generalem regulam *in l. non tantum. §. sane notum est. ff. de excus. tut.* Quinto illos omnes, quibus Princeps administrationem aliquam, & curam publicam iniunxerit per textum *in l. Geometræ, & l. administrantes. ff. eod. tit.* Ratio horum omnium ex eo deducitur, quia absurdum videtur, dum quis implicatur Reipublicæ ministerijs, ità vt vix rebus proprijs possit superesse, ipsum compellere ad administrationem rerum alienarum.

91 Intelliga quando adepti sunt magistratū, & sunt in possessione eiusdem.

Quamuis autem habentes huiusmodi Magistratum regulariter excusentur; in plerisque tamen casibus non excusantur, & primo in casu, quo nondum adepti esset Magistratum, sed essent solummodo adepturi *Baldus in d. §. item qui potestatem in verb. potestatem Instit. de excus. tut., Montanus de tut. & Curat. c. 35. num.* 106., qui probat per textum *in l. propter Magistratum. ff. eod. tit.* Secundo in casu, quo desierit esse Magistratus per textum *in l. spadonem. §. absolutus. ff. de excus. tut.*

Loquendo de assumptis in consiliarios Principis, eiusque lateri inhærentes, & silentiarios communiter asserunt, ne dum posse excusari à tutela suscipienda, sed etiam a suscepta, & quidem in perpetuum, ne dum ad tempus, quinimmo ipsam deponere *Angelus Aret. in d. §. item qui potestatem num.2. Instit. de excus. tut., Mysing. in §. item diuus num. 3. Instit. eod. tit., Montanus loc. mox cit. n. 116. & 117.* hocque expresè colligitur ex textu *in l. verum. §. ex facto. ff. de minor.* & *ex l. fin. C. de excus. tut.*, & *l. vlt. C. de silentiarijs*, & ratio est, quia, ex quo lateri Principis debent adhærere, non videtur posse superesse alienis curis, & negotijs, & cum non habeant limitatum tempus ad tale munus, intelliguntur in perpetuum per textum *in l. iuris peritos. ff. de excus. tut.*

92 Consiliarij Principis, & silentiarij excusantur.

Loquendo de militibus, & militiæ ascriptis, hoc vnum in primis certum est, quod, si quis actu fuerit militans, seu ascriptus militiæ non indigeat excusatione, cum etiam volens non possit ad tutelam admitti per textum *in §. idem in milite Instit. de excus. tut.*, & nos supra latè docuimus in *præcedenti prænot. sub consideratione* 14. *vers. ratione eiusdem status* per iura, & rationes ibi allegata, seu allegatas.

93 Milites actu non indigent excusatione, cū repallantur.

Sed, an, si antecedenter ad militiam tutelam assumpserit, & administrauerit, poterit, postquam militiæ adscriptus est, se excusare, vel tutelam deponere? Arbitrarer, quod, si militiæ expeditio breuem essent cursum habitura, non posset deponere, sed interim dandus esset curator, quod, si incertum tempus esset habitura, posset se excusare in perpetuum, vel tutelam deponere ad normam eorum qui excusantur ad textum *in l. verum. §. ex facto. ff. de minor.*

94 Si ante militiam tutelam egerint possunt se excusare.

Sed hic oritur difficultas, an post expletam militiam possit quis in tutorem deputari, adeo vt non possit proponere excusationem? Adest quoad hoc textus *in l. sed & milites. ff. de excus. tut.*, vbi dicitur, quod, si honeste expleuerint militiæ tempus, habeant remissionem a tutela aduersus omnes priuatos; isti autem qui sic expleuerunt tempus militiæ dicuntur veterani; vnde & conueterani dicuntur, qui cum primis completo tempore militarunt in eadem cohorte, vel etiam in diuersis cohortibus pro eadem Republica, vt explicat *Montanus de tut. & Curat. c. 35. num. 188. & seqq.* Licet autem veterani, seu qui tempus militiæ expleuerunt, excusentur à tutela aliorum priuatorum, non excusantur tamen à tutela filiorum suorum conueteranorum; habent tamen priuilegium quoad hoc, vt non possint grauari tutela filiorum conueteranorum, nisi post annum missionis, vt expresè colligitur

95 Miles post honestè cōpletum militiæ tempus potest se excusare à munere tutelæ.

Quinam dicantur veterani milites.

ex

ex d. l. sed & milites. ff. de excus. tut. Per ly autem *post annum missionis* intelligitur annus, quo fuerunt de militia missi, vt explicat *Glosa ibid.* Aduerte tamen, quod veterani licet post annum possint grauari vna tutela filiorum sui cōueterani, nō possint tamen etiam post annum grauari pluribus tutelis eorundem conueteranorum, prout expresse habetur *in l. 2. C. de excus. veteran.* Ratio autem, propter quam veterani possint grauari tutela filiorum alterius conueterani, non autem tutela aliorum priuatorum habetur *in d. l. sed & milites.* Ibi- *Coæqualitas enim honoris militia fortior videtur omni militum priuilegio.*

96 Veterani non excusantur à tutela filiorum suorum conueteranorū.

Dixi, *si honestè expleuerint militiæ tempus*, nam qui ignominiosè dimissi sunt, similes ijs, qui nequaquam militauerunt, existimantur, & propter hoc neque ipsi habent priuilegium, nec eorum filij, prout habetur *in d. l. sed & milites. §. qui nimirum. ff. de excus. tut.*

97 Qui ignominiosè dimissi sunt à militari licet completo tēpore non excusantur.

Dixi, *si tempus militia compleuerint.* Quale autem, & quantum debeat esse illud tempus, quod requiritur ad complementum militiæ? Respondendum est, esse tempus viginti annorum, pro quo quis honestè militauerit, prout expresse habetur *in l. 2. & 3. C. de his qui non implet. stipend. lib.* 10. Sed nunquid aliquod, quoad hoc, priuilegium non habebunt, qui tale tempus non compleuerunt, sed vel propter ætatem, vel ob aliam causam, non tamen ignominiosè fuerint a militia dimissi? In textu *in d. l. sed & milites. §. quandoque autem. ff. de excus. tut.*, hæc regula præscribitur; Si quis minus quinque annis militauerit, nulla quoad hoc gaudet immunitate, qui autem post quinque annos militia solutus est, gaudet immunitate vnius anni; qui vero post octo annos militiæ cessit, gaudet immunitate biennij, qui post duodecim annos, immunitate triennij, qui post sexdecim, quadriennij; qui post viginti, immunitate perpetua.

98 Tempus completæ militiæ est annorū 20.

99 Quo priuilegio gaudent qui militarūt minus 20. annis.

Quamuis autem diximus milites, qui honestè compleuerunt tempus militiæ gaudere quidem immunitate tutelarum in ordine ad priuatos, non tamen in ordine ad filios suorum commilitonum, hoc tamen fallit in tribunis cohortum, qui etiam gaudent immunitate in ordine ad filios collegarum suorum, prout expresse habetur *in l. si tribunus. ff. de excus. tut.*

100 Tribuni militum gaudent immunitate tutelæ etiam quoad filius suorum collegarum.

Loquendo tandem de Magistris grāmaticæ, Rethoricæ, Dialecticæ, Physicæ, de professoribus medicinæ, eamque exercentibus, de iuris peritis &c. Quoad omnes exceptis iuris peritis habetur expressus textus *in §. item Romæ Instit. de excus. tut. & in l. si duas. ff. eod.*, qui concedunt eisdem excusationem nonnullis additis exceptionibus, quarum prima est, vt doceant, & exerceant Romæ, vel in patria sua. Ibi- *item Romæ, & qui in patria sua.* Secunda, vt non excedant numerum præscriptum cuicunque ciuitati. Ibi- *& intra numerum sint*, nam qui sunt supra talem numerum, non gaudent tali immunitate. Quinam autem sit numerus præfinitus in aliqua ciuitate, habetur expressè *in d. l. si duas. ff. de excus. tut.* Ibi- *Minores quidem ciuitates possunt quinque medicos immunes habere, & tres sophistas, & Grammaticos totidem; maiores autem ciuitates septem, qui curent, quatuor, qui doceant veramque doctrinam; maxima autem ciuitates decem Medicos, & Rethores quinque, & Grammaticos totidem*, hæc eadem regula seruanda videtur, & quoad Phylosophos, seu docentes Phylosophiam, vt habetur *in d. l. si duas in fine princip. ff. de excus. tut.* Hoc tamen vnum aduerte, quod, si aliquis fuerit excellens in aliqua ex præfatis disciplinis, possit, & in propria patria, quamuis sit supra numerum docere, & profiteri, & item gaudere tali immunitate, & etiam extra patriam, illoque priuilegio frui, prout expresse habetur *in l. sed & reprobari. §. amplius. ff. de excus. tut.*

101 Possunt se excusare à munere tutelæ magistri grāmaticæ, Rethoricæ, & Dialecticæ.

102 Dummodo sint in numero præfinito in aliqua ciuitate.

103 Quinam sit numerus præfinitus pro quacunque ciuitate.

Quoad iuris peritos docentes extra Romam non habent excusationem, prout habetur *in d. l. sed & reprobari. §. amplius in fine. ff. de excus. tut.* Ibi- *Legum vero Doctores in aliquo præsidatu docentes remissionem non habebunt. Romæ autem docentes, & à tutelis, & curis remittuntur.* Excipe tamen, nisi fuerint in consilium Principis assumpti per textum *in l. iuris peritos. ff. eod. tit.* Quoad alios, qui docent quadriuium, vt musicam, Astronomiam, Geometriam, & Aritmethicam non videntur contineri in hoc priuilegio excusationis, cum nullus textus de eisdem expresse loquuntur, vt notat *Glosa in d. §. item Roma in verbo Grammatici in fin. Instit. de excus. tut.* quinimmo extat textus *in l. Geometra. ff. eod.*, qui sicuti excludit ab hoc priuilegio Geometras, ita etiam alios enumeratos videtur excludere, cum videatur eadem ratio. Excipe tamen, nisi Princeps eisdem aliquod munus contulerit, quia tunc durante eodem munere videntur habere excusationem, prout habetur *in d. Geometra.*

104 Legis periti extra Romam non excusantur.

105 Docentes musicā, astronomiam, Geometriam, & Aridmethicam non excusatur.

Sed quoniam in præcedentibus loquentes de ijs, qui habent publicum ministerium, diximus habentes maiorem ma-

magiſtratum excuſari ab hoc munere
106 perſeuerante eodem munere, inquirendum modo remanet, an Iudices particularium vrbium,& oppidorum, Actuarij, cæterique curiales gaudeant hac immunitate? Quoad Iudices dicendum eſt, eos non excuſari a tutela iam ſuſceptà, excuſari tamen à ſuſcipienda, quouſque perſeuerant in officio *§. & qui poteſtatem Inſtit. de excuſ. tut. & l. adminiſtrantes ff. eod. tit.* Quoad Notarios, &

Iudices non excuſantur à ſuſcepta, benè tamen à ſuſcipienda.

107 Tabellarios *Montanus de tut.& curat.c.35. num.212.* aſſerit, nullam habere excuſationem, quod probat per textum *in l.1.§. ludi ff. de varijs,& extraord.* Sed *Molina de iuſt. & iure tract.2. diſp.222. verſ. qui res adminiſtrat Regis* aſſerit, quod miniſtri omnes deputati ad iuſtitiam a Rege, inter quos enumerat Procuratores, ſcribas &c. excuſentur ad modum Iudicum, & arbitratur, hos comprehendi in diſpoſitione iurium *in §. item Diuus, & §. & qui poteſtatem Inſtit. de excuſ. tut.*

An Notarij, & Tabellarij excuſentur remiſſiuè.

Octauo proponitur diſcutiendum, an propter inimicitias, lites, debita, & credita, vel cum pupillis, vel parentibus pupillorum, quis poſſit excuſari a munere tutelæ?

Quoad inimicitias, quæ præceſſerunt
108 cum parentibus pupilli extant manifeſti textus excuſantes a tali munere eum, qui talibus inimicitijs erat affectus, & primo *in §. item, ſi propter inimicitias Inſtit. de excuſ. tut.* ſecundo *in §. inimicitiæ Inſtit. eodem tit.* tertio *in l. Atleta §. dat remiſſionem ff. eod. tit.* Rationes autem talis excuſationis ex eo deducuntur, quia datio huiuſmodi perſonæ in tutorem, vel poteſt eſse ordinata ad damnum eiuſdem tutoris, vel cedere in perniciem pupilli; prima ratio fuit conſiderata *à Gloſa in d. §. item, ſi propter inimicitiam, & in d. l. Atleta §. remittuntur*, vbi dicitur, quod, ſi Pater inimicum pupillis tutorem dederit, vt debitis ſupponatur, & vexetur à pupillis, poſſit ſic datus ex titulo inimicitiæ ſe excuſare a tali munere; ſecunda ratio conſideratur a *Montano de tut.& curat. d.c.35. nu.162.*, vt ſcilicet tollatur omnis ſiniſtra ſuſpicio, vt propter inimicitias præcedentes benè non ſit adminiſtraturus res pupillorum, adeoque ex hac ratione ſit admittenda excuſatio; Hę autem inimicitiæ præcedentes cum Patre pupilli æquè tribuunt cauſam ſufficientem excuſationis, ſiue eiſdem
109 cauſam dederit tutor ſic datus, ſiue Pater pupillorum, quatenus ipſe tutor accuſauerit capitis eundem Patrem, ſiue Pater eum tutorem prius petierit in ſeruitutem, vt conſiderat *Montanus loc. quo ſupra num.266.*, nam ſemper poteſt eſse metus, quod, ſi ipſe tutor cauſam inimicitiæ præſtiterit, vltionem recipiat a pupillis, cum facti fuerint adulti, vel ſi Pater talem cauſam contulerit poteſt eſse ſuſpicio, ne tutor iniuriam ſibi factam à Patre rependat.

Ratione inimicitiæ, quæ præceſſit cum parentibus pupilli poteſt quis ſe excuſare à tutela pupilli.

Quomodocunq; inimicitia præceſſerit.

Limitantur tamen primo ea, quæ dicta ſunt, quando inimicitia non eſset vera, ſed ficta, quia tunc re vera non excuſaret, prout notat *Montanus loc.cit.*, 110
& colligit ex textu *in d.l. Atleta §. remittuntur verb. amplius ff. de excuſ. tut.*, ſi etenim id præſtet calumnia, ſeu fingat inimicitiam ad effectum, vt euitet tutelam, hac excuſatione non iuuatur.

Limita niſi inimicitia fuiſſet ficta.

Limitatur ſecundo, quando inimici- 111
tiæ a longo tempore præceſſiſsent dationem tutoris in teſtamento, & liquido appareret de reconciliatione, quia ipſa præcedens reconciliatio, & datio ſubſequens perſonæ reconciliatæ in tutorem pupillorum videtur euacuare quamcunq; ſuſpicionem damni futuri ex vtraque parte.

Item, ſi inimicitia à longo tempore præceſſerit, & ſecuta fuerit reconciliatio.

Sed hic oritur difficultas, quod ſit ſentiendum, ſi inimicitiæ ortæ fuerint, poſtquam quis teſtamento datus fuerit tutor, an tunc poterit allegare ipſas tanquam ſufficientes cauſas excuſationis? In hac hypotheſi apparet, non poſse ſe tueri excuſatione ex eo motiuo, quod tutela eidem collata fuerit ad effectum ipſum implicandi in negotijs, & vt à pupillis vexetur, quia, cum pro tempore dationis in teſtamento non fuerint illæ inimicitiæ, non potuerunt eſse cauſæ illius ſubdolæ dationis, adeoque eadem non poteſt pro legitima excuſatione adduci. Difficultas eſt ſolummodo ex motiuo ſuſpicionis, ne propter eaſdem inimicitias defraudet pupillos, eorumque bona non rectè adminiſtret; Sed tunc conſiderandum eſt, an, poſtquam Pater teſtamento illum tutorem dederit, &
poſtquam inter illos inimicitiæ ortæ 112
ſunt, diutinum tempus tranſierit ab illis inimicitijs ad obitum Patris, adeo vt Pater illum potuerit mutare, & non mutarit; an verò, poſtquam illæ inimicitiæ ortæ ſunt, elapſo modico tempore Pater deceſserit. Iuxta primum ſenſum *Gloſa in d. l. Atleta in verb. niſi poſtquam ff. de excuſ. tut.* videtur aſserere, non eſse locum excuſationi, quia, ex quo Pater potuerit mutare, & non mutarit, videtur remiſiſse, quod probat *arg. textus in l. tres tutores ff. de adminiſt. tut. & in l. in confirmādo, & l. vtilitatem ff. de confirm. tut.*; quod verum crediderim, ſi medio tempore interceſserit reconciliatio, & non continuauerint vſque ad mortem inimicitiæ; ſi etenim continuauerint, non eſt præſumenda

Si inimicitiæ ortę fuerint poſtquā datus eſt tutor, & diutinum tempus ab illis tranſierit ad obitū Patris, probabiliter non poteſt ſe excuſare, ſi ſecuta fuerit reconciliatio.

menda facta remissio; non enim præsumendum est, quod Pater inimico voluerit fidere curam, & custodiam filij sui; quod deinde non mutauerit illum tutorem, non ad motiuum remissionis, sed vel ad incuriam, vel ad aliud referendum est; item intelligenda sunt, quæ dicta sunt, nisi ex coniecturis validis, & effica-

113 Si modicum tempus transierit non est admittendus in tutorem.

cibus præsumatur, quod non mutauerit ad effectum, vt implicaret sic electum in negotijs pupillorum, vt postea ab illis vexarentur; quamuis enim datio non facta fuerit ad eum finem, non reuocatio tamen potuit ad eundem finem ordinari. Iuxta secundum sensum *Molina de iust. & iure tract. 2. disp. 222. vers. quando capitales inimicitiæ, & disp. præced. 221. vers. qui postquam Pater*, absolutè asserit, non esse in tutorem admittendum, sed simpliciter repellendum per textum *in l. in confirmando ff. de confirmat. tut.*, quod verum existimo propter suspicionem iniustæ administrationis. Atque hoc extendendum existimo, si tutor datus a Patre in testamento inimicus fuerit pupillo, seu minori, prout notat *Molina d. disp. 221. vers. qui postquam Pater in fine* militante eadem ratione suspicionis.

114 Si fuerit lis inter tutorem, & pupillum de magna quantitate potest tutor se excusare.

Quoad litem, quæ fuerit inter tutorem, & pupillum extant duo textus concludentes tutorem ex illo capite, posse se excusare, si lis fuerit, vel de omnibus bonis, aut maiori parte bonorum, secus, si de modica parte; alter *in §. item propter litem Instit. de excus. tut.* alter *in l. propter litem ff. eod. tit.*, & in hoc ferè omnes conueniunt, & firmatur etiam ex textu *in l. si pupillum ff. eod. tit. & in l. si vt allegas C. eod. tit., & l. cum quidam C. de administ. tut & l. idem fiet ff. de testam. tut. & §. 1. auth. vt ij, qui oblig. se hab. coll. 6.*

115 Extante debito, vel credito inter tutorem, & pupillum, tutor non est dandus à Iudice.

Quoad debitum verò, & creditum, quamuis antiquo iure non prohiberetur quis esse tutor ex tali capite, modo tamen prohibetur *per auth. minoris C. qui dare tut. vel curat., & per Nouellam Iustiniani* 72. Intellige tamen, si tutor fuerit datus a Iudice, vt notat *Montanus de tut. & curat. c. 35. num. 13.* nam, si datus fuerit a testatore in testamento cum scientia talis qualitatis, vtique potest esse tutor

116 A testatore cum scientia illius qualitatis potest dari.

per ea, quæ docuimus *sub hoc eodem titulo prænot. 6. assert. 7.* Sed, an, in hoc casu, quo creditor, vel debitor datus sit tutor testamento, possit se excusare? non inuenio apud DD. decisum. Probabilius credetem non posse, cum nec possit esse in præiudicium ipsius assumptio tutelæ,

117 Nec hic poterit se excusare.

nec possit esse præsumptio suspicionis in ordine ad pupillum, ex quo Pater ipsum constituens maximè fiderit eius probitati.

118 Si creditum, vel debitum fuerit modicum non erit repellendus à tutela.

Sed circa huiusmodi debitorem, & creditorem nonnullæ insurgunt rationes dubitandi; & prima est, an, si fuerit creditor, & debitor in modica quantitate, sit à Iudice non admittendus ad tutelam? Giola *in d. auth. minoris in verb. debitor C. qui dar. tut. vel curat.* sentit ex modica quantitate, in qua est debitor, vel creditor, non prohiberi à tutela, quod probat per varios textus iuris ciuilis, & primo per textum *in l. non tantum ff. de excus. tut.*; Sed hic textus non videtur concludenter euincere intentum; ibi enim solummodo dicitur, quod magnitudo patrimoniorum trium tutelarum excusat ab alijs tutelis, per quod ad summum infertur a contrario sensu, quod, si tria patrimonia fuerint exigua, & modica, non excusent, quod non videtur facere ad rem præsentem, nisi fortè velis dicere, quod, sicuti exiguitas patrimonij non excusat, ita nec modicitas crediti, vel debiti non excuset. Secundo per textum *in l. 1. ff. de ventre inspic. §. quod autem*, sed ibi dicitur, quod omissio debitæ solemnitatis non officiat, quod non videtur facere ad rem præsentem. Tertio per textum *in l. legitimos ff. de legit. tut.*, vbi tantum dicitur, quod, si persona data in tutorem, honesta sit, remittatur ei satisdatio maximè, si substantia modica sit.

Rationes pro hac resolutione.

Retenta hac opinione, quidquid sit de huiusmodi textibus, alia ratione ad ipsius probationem procedo; & primo à paritate litis, quæ, si fuerit de re modica per superius allegata iura non excusat. Secundo a leuitate suspicionis, quæ potest versari in hoc casu modicæ quantitatis vel debitæ, vel creditæ.

119 Si creditor reticita tali qualitate assumat tutelam amittit actioné, si debitor facta solutione tenetur iterum soluere.

Secunda ratio dubitandi est in explicando, quid sit agendum, si creditor, vel debitor assumat tutelam, & taceat, nec manifestet creditum, vel debitum? Tunc, si fuerit creditor, amittit actionem; si verò fuerit debitor, solutione interim facta non iuuatur, & iterum tenetur soluere. Expresè vtrumque colligitur *ex d. auth. minoris C. qui dare tut. vel curat.* Hæc intelligenda sunt, si antecedentèr ad tutelam fuerit creditor, vel debitor.

120 Si suscepta tutela contraxerit debitum, vel creditum ei adiungendus est curator.

Sed quid, si iam suscepta tutela contraxerit debitum, vel creditum, an tunc tenebitur tutelam deponere? Hoc contingeret in casu, quo pupillus post susceptam tutelam acquireret vel iure institutionis, vel ab intestato hæreditatem alicuius, cuius ipse tutor esset debitor, vel viceuersa ipse tutor post assumptam tutelam heret hæres illius, cuius pater pupilli erat debitor, & debitum hoc non erat extinctum. In hoc casu sentiendum est, non teneri tutelam de-

ponere,

ponere, nec habere sufficientem causam excusationis, sed eidem in ordine ad curam pupilli, eiusque bonorum adiungendum esse curatorem. Expresse colligitur *ex d.auth.minoris C. qui dar. tut. vel curat.* Ibi. *Nam, & ante curator, si minoris creditor efficiatur non sine adiuncto curatore administrabit.*

Sed quid sentiendum erit, si post susceptam tutelam tutor acquisierit cessionem alicuius actionis contra pupillũ,

121 Si tutor post susceptam tutelam acquisierit cessionem actionis eõtra pupillum non potest actionem contra pupillum exercere.

cuius tutelam, & curam gerit, an tunc poterit illam actionem contra pupillum exercere? & an poterit ratione iuris ex illa cessione acquisiti remoueri? Quoad primum respondendum est, quod licet antiquitus de iure digestorum huiusmodi cessiones tenerent, & obligarent pupillos, aduersus quos erant factæ per textum *in l.non sit ff.de reb.eor.qui sub tut.*; hodie tamen de nouo iure Codicis, & Nouellarum nec teneant, nec possint etiam deposita tutela contra pupillum exequi, nec regressum habeant aduersus eum, qui cessit. Hoc expresse habetur *in d. auth. minoris C. qui dar. tut. vel curat.*, & quidem congrua ratione hoc inductum est; facile enim euenire poterant fraudes in damnum pupillorum; redimebant etenim tutores inanes apochas, & deinde supprimebant iura pupillorũ, cui damno occurrere volentes prudentes Legislatores statuerunt, quod huiusmodi cessiones nullam vim haberent, nec pupilli tenerentur soluere cessionario, nec cedenti, & hoc in pænam eiusdem cedentis eo, quod cesserit contra dispositionem iuris, vt notat *Glosa in d. auth. minoris in principio*. Quoad secundum sublato illo iure cessionarij non video vllam dispositionem legalem, qua statuatur remouendum esse ex hoc capite a tutela; licet ex hoc possit deduci vehemens suspicio iniustæ administrationis, ex qua fortè Iudex instante pupillo, vel alio proximiori posset moueri, maxime, si alia concurrant adminicula ad ipsum tanquam suspectum repellendum.

Sed, cum dictum fuerit, quod, si quis

122 Si creditor assumpserit tutelam reticita illa qualitate, & creditum fuerit successiuum, secundũ aliquos

tutelam assumpserit, nec creditũ enuntiauerit, sed tacuerit, amittat actionem crediti, oritur modo difficultas, an, si creditum tutoris fuerit successiuum, hoc est debitum in singulis annis, amittat quoad omnes annos etiam subsequentes ad terminationem tutelæ, an verò pro annis solummodo, quibus in tutela perseuerat? Nonnulli arbitrantur, amittere solummodo pro annis, quibus in tutela perseuerat, qua postea deposita reassumat pro annis sequentibus, hocque probant per textum *in l. pater §. fin. ff. de condit. & demonstrat.* Alij congruentius considerant, an illud creditum successiuum contractum fuerit per stipulationem, an verò per legatum; &, si fuerit per stipulationem contractum, asserunt totum amitti quoad omnia tempora, eo quia sit vna, & eadem stipulatio; si verò fuerit per legatum, sentiunt amitti solummodo pro annis, quibus perseuerat in tutela, & pro subsequentibus reassumere, eo quia tot intelliguntur legata, quot sunt anni per textum *in l. Senatus §. fin. ff. de donat. caus. mort.*

amittit solum actionem pro annis, quibus gerit tutelam, non pro sequentibus.

123 Secundũ alios amittit quoad totum, si creditum fuerit per stipulationem, secus, si per legatum.

Tertia ratio dubitandi ex eo oritur, quod supra dicebamus, quod scilicet, si tutor post assumptam tutelã factus fuerit debitor, vel creditor nõ possit administrare, nisi ei adiungatur curator, & addito curatore non remoueatur, an hoc solum verificetur, si vel tutori obuenerit hæreditas debitoris, seu creditoris minoris, vel viceuersa obuenerit minori hæreditas vel debitoris, vel creditoris eiusdem tutoris, an verò etiam, quando tutor factus est debitor minoris ex mala, & iniusta administratione, sub qua ratione intelligitur debitor, vel de luo impendit, qua ratione constituitur creditor? Glosa *in d. auth. minoris in verb. creditor C. qui dar. tut. vel cur.* arbitratur in hoc secundo casu de debito ratione malæ administrationis, & de credito ratione expensarum in fauorem minoris non habere locum dispositionem *d. auth. minoris* in ea parte, qua asserit addito curatore posse adhuc administrare tutelam; vnde videtur sentire in hac hypothesi remouendum esse, quod verisimile arbitror propter ea, quæ infra dicentur, dum de mala, & iniusta administratione.

124 Si factus fuerit creditor, vel debitor ex mala administratione est remouendus.

Nono proponitur discutiendum, an ratione status quis excusetur à munere tutelæ suscipiendæ? Potissimum procedit hæc difficultas quoad Clericos, & Ecclesiasticos, in ordine ad quos diximus primo *sub hoc eod. tit. prænot. 6. assert.* 4. adesse interdictum, ne sint tutores testamentarij per textum *in §. Deo amabiles de Sanctissimis Episc.* Secuudo ibidem, quod, si excipias Episcopos, & Monacos, non interdicantur a legitima tutela, quod etiam firmauimus *prænot. 19. sub 14. consid.*

125 Clerici, & Ecclesiastici, si excipias Episcopos, & Monacos possunt esse tutores legitimi.

Difficultates, quæ modo procedunt circa huiusmodi Clericos, & Ecclesiasticos erunt primo, an, quamuis in ordine ad legitimas tutelas non expellantur, teneantur tamen illas subire, an verò possint se tueri excusatione? Secundo, an Clerici, qui iam vna tenentur tutela le-

Difficultates examinandæ circa Clericos, & Ecclesiasticos.

gitima, possint, si velint, aliam suscipere, vel ab alia se excusare, an verò absolutè ab alia arceantur. Tertio, an Clerici in minoribus constituti possint assumere tutelas vel testamentarias, vel datiuas, vel legitimas. Quarto, an, qui ante statum clericalem susceperunt tutelam, vel testamentariam, vel datiuam suscepto statu ab illa expellantur, vel saltem possint legitimè se ab illa excusare? Quinto, an, si nullo residentiæ onere teneantur, & sint circa Ecclesiastica ministeria desides possint à tutelæ munere se excusare, vel possint adhuc compelli ad illud suscipiendum.

Quoad primum asserendum est, quod,

126 Clerici, quamuis non excludantur à legitima tutela possunt tamen se ab illa excusare.

quamuis Clerici non excludantur à tutela legitima, si velint eam assumere, non compellantur tamen assumere, si nolint, sed possint se excusatione tueri. *Borgninus Caualcanus in tract. de tut. & curat. nu. 288.*, *Cuiacius Nouel. 123.*, *& tit. de præscript. c. 16. in fin.*, *Baeeca de decim. tut. c. 2. num. 38.*, *Antonius Piaggins de tut. & curat. q. 3. num. 3.*, *Montanus de tut. & curat. c. 35. num. 195.*, *Gutierez de tut. & eurat. part. 1. c. 1. num. 26. & seqq.* Expresè colligitur *in §. Deo autem amabiles in auth. de Sanctissimis Episcop.*, vbi expresè hæc verba recensentur. *Prasbiteros autem, & Diaconos, & Subdiaconos iure, & lege cognationis tutelam, & curam suscipere hæreditatis permissimus, proprio, & solo gradu cognationis ad tutelam, & curam vocatis huiusmodi suscipere administrationem permittimus, si tamen intra quatuor menses, ex quo vocati sunt apud competentem Iudicem scripto declarent talem administrationem propria voluntate suscepisse*, & ratio ex eo deducitur, quia, quod possint huiusmodi tutelam suscipere, est ex indulgentia iuris contra communem dispositionem, qua clerici arcentur a mundanis administrationibus, vt posint secundum exigentiam proprij status vacare Deo, rebusque diuinis, & hæc indulgentia est ratione cognationis, & coniunctionis cum pupillis; quod autem est ex indulgentia non obligat.

Quoad secundam *Montanus de tut. & curat. c. 35. num. 195.* dicit Clericos, & Ecclesiasticos posse vnam tantum tutelam suscipere legitimam; ex quo videtur sequi, non indigere excusatione in ordine ad aliam, cum ab illa excludatur; non tamen hoc aliquo iure, vel ratione probat; vnde videtur potius dicendum, quod ad normam aliorum, qui non excluduntur, posse assumere vsque ad tres tutelas diu[...]orum patrimoniorum iuxta textum *in l. excusantur §. amplius autem ff. de excus. tut.*, & alijs iuribus supra allegatis, licet enim alij, qui aliunde non habent excusationem, compellantur vsque ad tres tutelas assumere, nec possint se excusare, nisi à quarta superueniente, Clerici tamen, quamuis non compellantur, videntur habere facultatem illas assumendi, cum nullibi talis facultas restringatur ad vnam; vnde, quod in alijs est necessitatis, in ipsis erit voluntatis, seu voluntariæ acceptationis. Nihilominus a priori opinione Montani arbitror, non esse recedendum; Nam hoc exigere videtur status Clericalis, & Ecclesiasticus, qui exigit ex genere suo vacare Deo, & quamuis ratione cognationis, & sanguinis indulgeatur Clerico vacare vni tutelæ legitimæ, talis tamen indulgentia non videtur extendenda ad vlteriores tutelas, quià hæc indulgentia vtpotè discordans à communi ratione, secundum quam Clerici eximuntur ab oneribus temporalibus ad seruiendum Deo viuenti est strictè interpretanda, & ad id, quod minus læsiuum sit eiusdem rationis communis restringenda, & hoc etiam est conforme rationi naturali, secundum quam distractio ad plura negotia temporalia ferè absorbet applicationem ad spiritualia, quibus clericus ex vi proprij status est addictus; hanc autem applicationem non potest absorbere distractio ad vnum dumtaxat negotium. Confirmatur, quia, si Clericus ex speciali priuilegio esset dispensatus ad vnam tutelam siue testamentariam, siue datiuam, non propterea intelligeretur dispensatus ad plures similis rationis, ergo etiam, quamuis sit a iure admisus ad tutelam vnam legitimam, non propterea intelligendus est admisus ad plures.

127 Clerici, & Ecclesiastici possunt vnam cātum tutelam legitimam assumere.

Quoad tertiam aserendum videtur, illos Clericos, qui non sunt in sacris constituti, non gaudere priuilegio, vt eximantur ab onere tutelæ testamentariæ, & datiuæ, & solum posint asumere legitimam, si velint, nec posint plures asumere simul; Sed teneri asumere simplicitèr, & ad hoc pose compelli eo modo, quo compelluntur cæteræ personæ non Ecclesiasticæ, quæq; alio iure non impediuntur. In hoc consentit *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 1. nu. 27.* Contrarium tamen videtur sentire *Montanus de tut. & curat. d. c. 35. num. 196.* Mirum in hoc est, quod tam Gutierez, quam Montanus, quamuis in hoc inter se discordes, & contrarij, innitantur eidem iuri *in d. auth. Presbiteros C. de Episc. & Cler.*, quem textum vterque allegat pro sua opinione; qua postea ratione id præstent, ignoro. Hoc vnum scio, textum

128 Clerici, qui non sunt in sacris cōstituti possunt compelli ad assumendam quamcunq; tutelam.

illum

illum in contrarias opiniones non posse deflecti. Ex vi præcit. *auth. Presbiteros* sentiendum est, Clericos, qui non sunt in sacris constituti, posse ad huiusmodi tutelas suscipiendas compelli, quandoquidem textus ibi præcisè loquitur de Presbiteris, Diaconis, & Subdiaconis, & ab hac dispositione videtur alios quoscunque excludere textus *in §. Deo autem amabiles in auth. de Sanctissimis Episcopis*, vbi, cum prius mentionem fecisset de Presbiteris, Diaconis, & Subdiaconis, videtur alios expresè excludere per illam particulam *alium autem*. Adde, quod, vbi iura nomine clericorum voluerunt etiam comprehendere in minoribus constitutos, de ijs expressam mentionem fecerunt, vt videre est *in §. Presbiteros in auth. de Sanctissimis Episcopis*, vbi in ordine ad ibi dispositum exprimuntur Presbiteri, Diaconi, Subdiaconi, Cantores, Lectores &c.; Nec incongrua ratione hoc videtur decerni, quandoquidem in minoribus præcisè constituti non videntur ex proprio munere ita addicti Ecclesiasticis ministerijs, vt eximantur à munere temporali, maximè cum eorum status sit mutabilis.

129 Si Clericus post susceptã tutelam promotus fuerit ad sacros ordines, poterit ab illo munere se excusare.

Quoad quartum asserendum est, quod quoad tutelam antecedentèr susceptam Clerici, quantumuis sacris initiati ipso iure ab eadem non excludantur, prout innuere videntur *Speculator tit. de tutore §. generaliter vers. sed quid, si eam, Montanus de tut. & curat. d. c. 35. num. 199.*, nam facilius retinemus id, quod iam acquisiuimus, quam acquiramus id, quod non tenuimus; Verum tamen est, quod ad sacros ordines non esset promouendus, nisi prius onere tutelæ deposito, & reddita ratione administrationis per textum *in c. vnico de obligat. ad ratio*. Quod, si supponamus, quod non obstante tutela antecedentèr assumpta, eaque non deposita promotus fuerit ad sacros ordines, tunc arbitrarer, posse se excusare ab eodem munere tutelæ, cum vtrique muneri nequeat congruentèr vacare, quinimmo posse compelli ad eandem tutelam deponendam, etiam si fuerit inuitus.

130 Clerici non residentes, sed vagantes non possunt se tueri excusatione

Quoad vltimum asserendum est, quod, si Clerici non fuerint residentes, sed vagantes, & circa ministeria Ecclesiastica desides, non gaudeant hoc beneficio excusationis, & ne grauentur munere tutelæ, prout expresè habetur *in l. generaliter 40. C. de Episcop. & Cler.* Ibi: *Eos tamen Clericos, & Monachos huiusmodi habere beneficium sancimus, qui apud Sacrosanctas Ecclesias, vel monasteria permanent non diuagantes, neque circa diuina ministeria desides, cum propter hoc ipsum beneficium eis indulgeamus, vt alijs omnibus derelictis Dei omnipotentis ministerijs inhæreant.*

131 Ratione nobilitatis in eligendo, & inopiæ in pupillo non datur causa excusationis.

Decimo proponitur discutiendum, an ratione superioritatis quoad nobilitatem in tutore, vel ratione inopiæ in pupillo ad sit iusta causa excusationis? In ordine ad primum *Montanus de tut. & curat. d. c. 35. n. 23.* dicit nobilem ex præcisa qualitate nobilitatis non excusari a tutela alterius ignobilis, sed posse ad eam suscipiendam compelli saltem, vbi fuerit aliorum penuria; atque pro hac opinione refert *Tiraquel de nobil. c. 37. nu. 17., Baldum, & Iacobum Aretinum in l. 1. in princip. ff. de excus. tut.*, quam opinionem non improbabilem arbitror, cum tutela sit munus auctoritate publicum per ea, quæ supra commendauimus, vnde nisi adsit legitima causa, non potest quis ab eodem se subtrahere; ex eo autem, quod datus sit nobilis, & ille, cui datus est, sit ignobilis, non videtur esse legitima causa, cum per tale munus à statu nobilitatis non decidat. In ordine ad secundum sentiendum est, ex capite inopiæ pupilli non posse tutorem se excusare, vt docet *Ioannes Gutiertz. de tut. & curat. part. 1. c. 1. num. 42.*, & videtur clarè deduci ex textu *in l. tutores C. de excus. tut.*, & ibi *Glosa in verbo idoneum* adducit rationem, quia scilicet tutor principalitèr datur personæ, non rebus, vt habetur *in §. certæ Instit. qui testam. tut. dar. pos. & in l. cum plures §. 1. ff. de administ. tut.*

132 Ex eo, quod quis se asserat ignotum Patri pupillorum, qui ipsum dedit tutorem, non excusatur

Vndecimo discutiendum proponitur, an ignotus Patri pupillorum à tutela excusetur? Hoc procederet in casu, quo, postquam quis testamento tutor datus est, allegaret, se ignotum fuisse testatori, & ex hoc capite excusationem prætenderet? De quo non videtur ambigendum, cum manifestus extet textus decernens inefficacem esse huiusmodi excusationē *in §. non esse Instit. de excus. tut. & in l. spadonem §. qui solutus est ff. eod. tit.* Eximitur tamen ab hac regula, si ille, qui datus est, assereret, se ibi domicilium non habere, vbi datus est per textum *in l. fin. in fin. ff. de excus. tut.*

Duodecimo proponitur discutiendum, an propter distantiam locorum quis possit se excusare à munere tutelæ? Hoc dubium secundum diuersos casus potest examinari, vel quatenus tutor datus valde quoad suam habitationem distet à loco, in quo debet exercere tutelam; vel quatenus, licet sit in loco, in quo degit pupillus, bona tamen eiusdem pupilli valdè distent à tali loco, vel quatenus licet habitet in loco pupilli, vbi etiam sint plura bona eiusdem, extent

tamen

133 *An, & quomodo possit quis se excusare ratione distantiæ loci referuntur varij casus, & diluuntur.*

tamen alia, & non modica bona eiusdem pupilli in locis valde dissitis. Iuxta primum sensum iam patet, quid dicendum ex ijs, quæ mox diximus in fine præcedentis propositionis, nempe adesse sufficientem causam excusatinnis per textum *in d. l. fin. ff. de excus. tut.* Iuxta secundum sensum ex eo, quod dicatur *in l. iurisperitos §. placent ff. de extus. tut.*, quod, si pupillux babitet in vna prouincia, & habeat bona in alia prouincia, non videantur esse duæ tutelæ, vna in ordine ad personam, altera in ordine ad bona, videtur asserendum, non posse ex hoc capite tutor datus excusari. Sed simpliciter dicendum est, posse in parte excusari, scilicet ab administratione bonorum existentium extra prouinciam, prout expresè docet *Montanus de tut. & turat. c. 35. nu. 219.*, bocque probat primo per textum *in l. testamento tutor C. de extus. tut.*, vbi dicitur, quod tutor testamentn datus teneatur bona administrare, quantumuis constituta extra prouinciam, nisi ab hoc se excusauerit, & ibi an expediat quoad talia bona alibi existentia eidem adiungere curatorem, remittitur iudicio Præsidis. Secundo per textũ *in l. non solum §. et qui testamento ff. cod. titulo de exc. tut.*, vbi dicitur, qund tutor datus simpliciter possit refutare administratinnem rerum, & bonorum, quæ sunt alibi sita. Tertio per textum *in l. illud, & l. propter litem §. licet ff. cod.*, in qun vltimn textu specialiter dicitur, quod licet tutor datus sit ad vniuersum patrimonium, tamen excusare se possit, ne vltra centum milliaria tutelam gerat. Sed, an bæc, quæ dicta sunt, verificentur etiam in ordine ad bona valdè dissita, dummodo tamen sint intra eandem prouinciam? Textus in modo *tit. l. propter litem §. licet* in ordine ad bona sita in eadem prouincia, quantumuis dissita negat excusari. Sed, an tunc saltem expediat eidem dare in subsidium curatorem, vel actorem relinquerem arbitrio Iudicis regulato.

134 *Si tutor alio ex facultate Principis domiciliũ transtulerit potest se excusare.*

Sed quid dicendum erit, si tutor tempore creationis habitauerit in eadem Prouincia, in qua habitabat pupillus, & sita erant eius bona, & postea ex facultate Principis alio domicilium suum transtulerit, an tunc poterit validè excusationem proponere? Respondendum est, valide, & cum effectu posse excusationem protestari, si tamen Princeps concedens facultatem transferendi alio domicilium nouerit eundem esse tutorem; hocque expresè colligitur *ex l. idem, Vulpianus §. sunt, & alij ff. de excus. tut.*

135 *Quid sentiendum sit, quando pupillus habet bona dissita.*

Ex quibus omnibus habes, quid respondeas ad tertium sensum propositionis expositæ, quando scilicet tutor babitet in loco pupilli, & vbi sunt plura bona eiusdem; sed tamen alia ipsiux bona existunt in locn dissito. Dic igitur, quod, si illa bona extent extra illam prouinciam, posit quoad illa se excusare, seu illorum administrationem recusare, secus vero, si extent in eadem prouincia, in quo casu vtrum expediat eidem curatorem in subsidium adiungere, onus erit Iudicis adiudicare. Sed in casu, quo quoad bona existentia extra prouinciam se excusaret, certè alius tutor, seu curator pro illis esset constituendus; Sed quomodo tunc verificabitur axinma, quod *tutorem habenti tutor non sit dandus*? Dicendum est illud axioma intelligendum esse in ordine ad easdem res, in quibus quis est tutor, alium tutorem dari non posse, benè tamen in ordine ad diuersas, in quibus primus non est tutor, vt expresè habetur in *d. l. propter litem §. licet in fin. ff. de extus. tut.*, & explicat *Montanus d. c. 35. num. 221.*, & alij communiter.

136 *Tutor, qui administrauit tutelam, ea completa non potest cogi ad gerendam curam.*

Tertiodecimo proponitur discutiendum, an, si quis datus fuerit tutor, vel testamento, vel à Iudice pupillis, & tutelam exercuerit durante impubertate, possit, cum illi egressi fuerint impubertatem ab eorum cura se excusare, ipsamq; repellere, an verò possit compelli ad illam suscipiendam? Respondendum est, posse se excusare, eamque reijcere, nec inuitum posse compelli ad eam suscipiẽdam. Expresè colligitur ex textu *in §. qui tutelam Instit. de excus. tut.* Ibi *Qui tutelam alicuius gessit, curator eiusdem fieri non compellitur*, quod idem repetitur *in l. curator C. de excus. tut., & l. Tutori C. de negot. gest.* Ratio ex eo videtur deduci, quia æquitax non videtur pati, vt qui in vnius vtilitatem, & commodum graue onus perpessus est, eo perfecto, & completo, teneatur inuitus nouum assumere. Aduerte tamen, quod finita, seu completa tutela debeat admonere minorem ad petendum curatorem, & curare, vt ipsi detur, alias tutelæ iudicio tenebitur, per textum *in l. ita autem §. si tutor ff. de administ. tut., & in l. tutor §. curator ff. eod., Gratianus discept. for. c. 718. nu. 6., Montanus de tut., & curat. c. 39. nu. 63., & c. 18. nu. 26.*

Quid facere debeat in hoc casu tutor.

Quid verò sentiendum sit, si Pater in testamento scripserit eundem tutorem durante impubertate, & post impubertatem curatorem bonorum filij pubertatem consecuti, an tunc etiam poterit se a cura excusare, illamque reijcere? Affirmatiuè respondendum, prop-

ter

ter expressum textum *in d. §. qui tutelam instit. de excus. tut.* Ibi- *intantum, vt licet pater, qui testamento tutorem dedit, adiecerit, se eundem curatorem dare, tamen eum inuitum curam suscipere non cogendum*, quod etiam verificatur, quantumuis factus conscius de dispositione testatoris se immiscuerit tutelæ, nec protestatus fuerit de reijcienda cura, per textum *in l. Caius ff. de excus. tut.* Quamuis autem inuitus non possit compelli ad suscipiendam curam, potest tamen spe alicuius commodi allici ad eandem *arg. textus in l. Pater Seuerinam §. conditionum verba ff. de condit., & demonst.*

Sed, an quantumuis non possit compelli finita tutela ad suscipiendam curam, possit tamen compelli ad prosequenda negotia per ipsum cæpta, & nō

137 terminata durante tutela? Respondendum est primo, quod, si post finitam tutelam, nec dum restituta eadem tutela, & instrumentis ad causam pertinentibus non perfecerit, teneatur actione tutelæ erga minorem, per textum *in l. ita autem §. post completam ff. de administ. tut., & in l. vnica C. vt caus. post pubertatem*, vbi expressè dicitur, quod teneatur causam pupilli prosequi etiam post pupillarem ætatem, si instrumenta curatori non reddiderit; ex quibus sensu contrario deducitur, quod si reddiderit instrumēta curatori nō teneatur, per textū *in l. tutor ff. de appel., & in l. 1. in fin. ff. si pend. appel. mors inter.* Secundo, si post finē tutelæ administrationē retinuerit, teneri quoad actus posteriores prioribus cohærentes, per textum *in l. tutorem in princip. ff. de administ. tut., & l. si tutor, & l. post pubertatem ff. de tut., & rat. distr.*

Tenetur tamen, complere negotia, quæ cæpit.

Pro complemento eorum, quæ hactenus dicta sunt sub hoc titulo, aduertendum

138 est primo, quod, quantumuis electus in tutorem, vel à testatore, vel à lege, vel à Iudice habeat aliquam legitimam causam excusationis, non possit tamen propria auctoritate se eximere à tutela, sed debeat adire Iudicem, coram eodem proponere causas excusationis, eiusque decretum expectare, per textum *in l. 1. §. qui excusationem ff. de vacat. mun., & l. solet §. si quis alieni ff. mandati.*

Nonnulla considerabilia circa causas excusantes.

Aduertendum secundo, quod, si quis se excusauerit allegatis falsis causis ipso iure non teneat excusatio, vndè etiam, si consecuta fuerit approbatio excusationis ex talibus falsis causis, non prodest tutori, & ideò periculum tutelæ ad ipsum spectat, per textum *in l. 1. C. si tut. vel curat. fals. alleg.*, vndè etiam habetur, quod, si excusatio non iuris ratione, sed ambitione obtenta fuerit, nullo modo prosit, per textum *in l. si, vt proponis C. eod.*

Aduertendum tertio, quod, si quis post susceptam administrationem tutelæ, se voluerit excusare ab eodem munere, nō sit amplius audiendus, prout expressè habetur *in l. tutores quos postea C. si tut. vel curat. fals. alleg.*

PRÆNOTIO XXI.

De suspectis Tutoribus.

SVMMARIVM.

Nonnulla præmittuntur ad hunc titulum pertinentia. 1.

Olim accusatio Romæ proponenda erat apud Prætorem, in Prouincijs ad Præsides earum, & ad legatum Proconsulis. 2.

Hæc accusatio ex delegatione poterat apud alios fieri quoad cognitionem, non quoad remotionem. 3.

Sententia asserens, quod modo hæc cognitio pertineat solum ad suprema Tribunalia. 4.

Pertinet tamen ad quemcunque Iudicem I. C. habentem iurisdictionem meri Imperij. 5.

Potest tamen ex priuilegio agi coram Tribunali Principis. 6.

Hæc causa agenda est cum plena cognitione, & secundum ordinem iuris. 7.

Omnes siue testamentarij, siue legitimi, siue datiui possunt de suspectis accusari. 8.

Etiam Patronus tutor liberti potest de suspecto accusari. 9.

Pater tutor filij emancipati potest accusari, & remoueri, & item mater, si suspicio fuerit grauis. 10.

Si verò suspitio fuerit leuis, potest ipsi addi Socius. 11.

Etiam curatores siue testamentarij, siue legitimi, siue datiui possunt accusari, vt suspecti, & remoueri. 12.

Quicunque potest accusare tutores, vt suspectos. 13.

Iudex etiam sine accusatore, cum liquidò constet de delicto, potest tutorem, vt suspectum remouere. 14.

Mulieres non arcentur ab hac accusatione. 15.

Intellige, si id præstarent pietatis officio. Ibid.

Etiam minores egressi limites impubertatis, si id præstent de consilio consanguineorum. 16.

Etiam tutor contra contutorem. 17.

Etiam libertus pupillorum aduersus tutores eorundem. 18.

Etiam serui pupillorum aduersus eorum tutores. 19.

Omnes accusare volentes, non tenentur se in crimen tutoris subscribere. 20.

Pendente accusatione interdicenda est administratio accusato, & alius in eius locum sufficiendus. 21.

Intel-

IN duabus præcedentibus prænotionibus ægimus de tutoribus, qui nequeunt admitti etiam, si velint, quod præstitimus *sub tit. Quinam tutores dari possint*, & de ijs, qui sunt excusandi, si nolint,

nolint, quod præstitimus *sub tit. de excusatione tut.* modo agimus de ijs, qui, vel non sunt admittendi, vel postquam sunt admissi, sunt repellendi.

1 Nonnulla præmittuntur ad hunc titulum pertinentia.

Antequam deueniam ad causas, propter quas quis possit, vt suspectus accusari, & expelli, placet exponere primo, quisnam possit de suspecto cognoscere. Secundo quisnam possit, vt suspectus accusari. Tertio, quisnam possit accusare. Quarto, quid sentiendum pendente iudicio accusationis? Quinto, quænam nota insequatur suspectum terminato iuditio, per quod fuit remotus? Singula expendo.

2 Olim hęc cognitio Romæ pertinebat ad Prætorē, in Prouincijs ad Præsides earū, & ad legatum Proconsulis.

Et primo, loquendo de eo, apud quem fieri debet accusatio, & ad quem spectat cognitio, & iuditium, per textum *in §. 1. Instit. de susp. tut.* decernitur, quod huiusmodi cognitio Romæ spectet ad Prætorem, in Prouincijs ad Præsides earum, & ad legatum Proconsulis. Sed numquid hoc iudicium per Prætorem Vrbis, vel per Præsides prouinciarum, poterat alteri tanquam delegato committi? Nonnulli apud *Glosam in d. §. 1. in verb. prætori Instit. de susp. tut.* asserebant, posse committi quantum ad cognitionem, non quantum ad remotionem, quod videtur colligi ex dicto textu *in §. 1.*, vbi, cum agatur de potestate remouendi tutores suspectos, hæc restringitur Romæ ad solum Prætorem, & in alijs prouincijs ad solos earum Præsides, & vbi agitur de delegatis, solum restringitur ad legatum Proconsulis. Ibi- *Et legato Proconsulis*; ad quid etenim loqui de solo legato Proconsulis, si hæc iurisdictio poterat & legatis Præsidum, & Prætoris Romæ demandari? Glosa *in d. §. 1. in addit.* dicit, quod, si accusatio fiat ad remouendum, possit cognitio demandari, non tamen remotio, nisi fiat à lege, quia tunc potest committi eius declaratio, sed remotio per sententiam non possit fieri, nisi per delegatum proconsulis, vel Principis; si verò accusatio fiat ad puniendum solum, nullus delegatus possit cognoscere.

3 Hæc cognitio ad notitiam, poterat alijs delegari, non tamen ad remouēdum.

Quidquid tamen sit de ijs, quæ tantum procedebant, quando regimen orbis ad Romanam Rempublicam pertinebat, quæ per suos Præsides, Proconsules regebat Prouincias, & Imperium, inquirimus, quid modo circa hoc sentiendum sit, cum huiusmodi Romanæ Reipublicæ supremum regimen euanuerit, totumque imperium fuerit diuisum in tot regna, & prouincias sub distinctis Principibus habentibus plenum, & supremum dominium ab eadem independens? Cum suprema Tribunalia modo successerint in locum Præsidum, videtur, quod huiusmodi munus iudicandi de tutoribus suspectis ad eadem Tribunalia pertineat priuatiuè quoad alios Iudices inferiores, quod etiam insinuasse videtur Marcellus *in l. 1. §. suspecti ff. ad Senat. Consult. Turpil.*, dum dicit, quod in huiusmodi quęstione nullus alius, quam Præses prouinciæ pronuntiare possit, vbi videntur excludi Iudices inferiores. Nihilominus, quia eius est remouere, cuius est admittere, per textum *in l. 2. C. de vet. iur. enucl.*, & ex dispositione *constitut. Mediol. sub tit. de tutelis*, statutum est, quod per Iudicem, qui iurisconsultus sit, detur cum legitima inquisitione, & satisdatione tutor, non video cur per Iudices proprios habentes iurisdictionem meri imperij, hoc est, coercendi delinquentes, non possit cognosci super hac causa, & suspectus remoueri, quod etiā videtur sensisse *Bartolus in l. 1. §. solent ff. de offic. Præf. vrb.* dum dixit, quod huiusmodi tutoris suspecti cognitio pertineat, tàm ad Iudicem causarum criminalium, quàm ciuilium, maximè, si ratione doli agatur contra ipsum. Verum tamen est, quod, cum agatur de causa pupillorum ad instantiam eorundem pupillorum, vel eorum, qui pro ipsis gerent, possunt trahi huiusmodi suspecti ad Tribunal Principis, per textum *in l. unica C. quando Imperator*, potissimum quando ageretur de crimine atrociori tutoris suspecti, quod etiam commendauit *Paulus Montanus de tut., & curat. c. 36. sub reg. 5. sub num. 7., & sequentibus*, vbi numerat delicta atrociora in hoc genere.

4 Sententia asserens, quod modo hæc cognitio, pertineat solum ad suprema Tribunalia.

5 Pertinet tamen ad quemcunque Iudicem l. C. habētem iurisdictionem meri Imperij.

6 Potest tamen ex priuilegio agi ad Tribunal Principis.

7 Hæc causa agenda est cū plena cognitione, & secundum ordinem iuris.

A quocunque autem Iudice, hæc res sit decernenda, debet fieri cum plena causæ cognitione, & per ordinem iuris non merè de plano, prout notat *Montanus loc. cit. n. 3.*, & congrua quidem ratione, quandoquidem, cum agatur de re, quæ potest redolere in magnum dedecus eiusdem tutoris, debet discuti cum magna ponderatione, ne nota inficiatur ob cauilosas, & inanes versutias accusantium.

8 Omnes siue testamentarij, siue legitimi, siue datiui, possunt de suspectis accusari.

Loquendo iam de eo, qui potest, vt suspectus accusari, certa regula habetur *in §. ostendimus instit. de susp. tut., & l. 1. §. ostendimus, & l. 3. § non tantum ff. eod. tit.*, *quod etiam videtur haberi in l. etiam testamento C. eod.*, quod omnes, siuè sint testamentarij, siuè legitimi, siuè datiui; possint de suspectis accusari; neque aliquam vim facit, quod testamentariorum fides fuerit à testatore approbata; quando quidem inprimis mores hominum sæpè mutantur, & qui in priuata sorte, quan-

doque bonus eſt, mutato ſtatu tranſit in prauum. Deindè pecuniarum commoditas in regimine non raró præbet occaſionem ſibi conſulendi in perniciem præcipuè pupillorum. Oh quot externè apparent vt oues innocentes, qui intrinſecus ſunt lupi rapaces, ſed horum rapacitas, vix diu poteſt contegi. Sed, an etiam patronus tutor liberti poſſit de ſuſpecto accuſari? Affirmatiuè reſpon-

9 Etiam patronus tutor liberti, poteſt de ſuſpecto accuſari.

dendum eſt, dummodo eidem nota infamiæ oon inuratur, prout expreſsè habetur *in d. §. oſtendimus inſtit. de ſuſpect. tut.*, *& in l. 1. §. oſtendimus ff. eod. tit.*, quod fieri debet non exprimendo in ſententia cauſam, ob quam remoueatur, vel quamuis exprimatur cauſa culpæ alicuius, non exprimatur tamen dolus, ob quem infamia inuritur, prout notant *Aretinus in d. §. oſtendimus inſtit. hoc titulo*, *Montanus de tut., & curat. c. 36. ſub reg. 6. nu. 8.* An vero etiam pater, qui ſit tutor filij emancipati, & mater tutrix filiorum ſuorum impuberum poſſint de ſuſpectis accuſari? Difficultas in eo conſiſtit, quod nunquam videtur præſumenda ſuſpicio in patre, & matre, cum etenim eorum amor erga proprios liberos ſit talis, vt ſuperet quemcunq; aliorum amorem, etiam eorum ſolertia erga liberos præſumenda eſt talis, vt quamcunque aliam excedat, & per conſequens excludat quamcunque ſuſpicionem; Et, ſi *Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 2. c. 18.*, adeò fidit conſilio patris, vt aſſe-

10 Pater tutor filij emancipati, & mater tutrix filiorum ſuorum, poſſunt accuſari, & remoueri, ſi ſuſpicio ſit grauis.

ruerit, quod tutor datus à patre in teſtamento non poſſit remoueri, vt ſuſpectus, quando idem pater non erat ignarus conditionis perſonæ datæ in tutorem, quod probat per textum *in l. in confirmando, & in l. vtilitatem ff. de confir. tut.* non video, cur poſſit accuſari ſuſpectus ipſe pater, qui gerit tutelam filij impuberis emancipati? Nihilominus in hoc diſtinguendum exiſtimo, vel etenim ſuſpicio eſt parui momenti, & debilis, vel grauis, quatenus non fecerint inuentarium, bona dilapidauerint, alia ſolemnia non peregerint, aut pupillam ante tempus, vel non condigno aſſociare voluerint in matrimonium. Iuxtà primum ſenſum quatenus, vt ſuſpecti accuſarentur, non eſſent in totum remouendi, ſed eis dandus eſſet conſocius, vt

11 Si verò ſuſpicio fuerit leuis, poterit eidem addi ſocius.

docent *Bartolus in l. ſi tutor ab alio ff. de ſuſpect. tut., & in l. quod verò Procuratori §. ſunt quidam, & ibi Paulus de Caſtro ff. de ſolut.*, *Aretinus §. ſciendum ſub n. 4. in gloſ. in verb. dicendum inſtit. de ſuſpect. tut.* Iuxtà ſecundum ſenſum certe videntur in totum remouendi, vt conſiderauit *Afflictus deciſ. 207. in fin.*, *Boerius deciſ. 33. n. 100., & ſeqq.*, *Craueta conſ. 190.*, *Socin. conſ. 193. nu. 2. vol. 2.*, *Benincaſ. tract. de pauper. q. 9. ſpecial. 10. nu. 32.*, *Caualcanus Borgnin. de tut., & curat. n. 19.*, qui loquitur etiam in terminis matris, & auiæ tutricum filiorum, & nepotum; & ratio primæ partis ex eo videtur deſumi, quia licet ſit conſulendum indemnitati pupillorum, non eſt tamen inurenda ex leuibus cauſis grauis nota parentibus, qualis conſurgeret ex remotione tutelæ, quæ ſecundum ſe ingerit graue dedecus; pupillis autem in hac hypotheſi videtur ſufficientèr prouideri per additionem alterius tutoris; ratio autem ſecundæ partis eſt, quia potius eſt conſulendum pupillorum indemnitati, quàdo eiſdem graue damnum imminet, quam parentum decori, quando peruerse ſe gerunt in adminiſtratione. Quoad Patrem tamen tutorem filij emancipati cautè in hoc procedendum arbitrarer, niſi manifeſtè appareret de iniuſta adminiſtratione, & iniquitate in regimine.

Ea, quæ dicta ſunt de tutoribus in ordine ad pupillos, quod ſcilicet omnes

12 Etiam curatores, ſiue teſtamentarij, ſiue legitimi, ſiue datiui poſſunt accuſari, vt ſuſpecti, & remoueri.

ſiue fuerint teſtamentarij, ſiue legitimi, ſiue datiui poſſint vt ſuſpecti accuſari, æquè intelligenda ſunt de curatoribus minorum, prodigorum, furioſorum, & ſimilium *Gloſa in d. §. oſtendimus in expoſit. caſ. in fine Inſtit. de ſuſp. tut.*, hocque expreſsè colligitur ex textu *in l. tutor quoque §. liberti verb. non tantum ff. de ſuſpec. tut.*; & item de curatoribus ventris prægnantis, ſi habeant bonorum adminiſtrationem per textum *in d. l. tutor quoque §. liberti in verb. ſed & ſi quis*; item de tutoribus, & curatoribus, qui ſint diuites, & ſatiſdederint per textum *in §. ſuſpectus 1. & §. nouiſſimè Inſtit. de ſuſp. tut., & l. ſuſpectus, & l. ſeq. ff. eod. tit.*, quia diuitiæ, & ſatiſdatio non tollunt maleuolum animum, & prauos mores.

Loquendo de ijs, qui poſſunt tutorem accuſare tanquam ſuſpectum regula

13 Quicunque poteſt accuſare tutores, vt ſuſpectos.

generalis præſcribitur *in §. conſequens Inſtit. de ſuſpect. tut.*, vbi dicitur, quod, cum, huiuſmodi actio ſuſpecti, ſeu accuſatio ſit publica, omnibus pateat, quod idem habetur *in l. 1. §. conſequens ff. eod.* Dicitur autem hæc actio publica, quia intereſt

14 Etiam Iudex ſine accuſatore conſtante de delicto poteſt tutorem, vt ſuſpectũ remouere

omnium ciuium, & Reipublicæ, vt rerum pupillarium cura non negligatur, vt conſiderauit *Montanus d. c. 36. ſub regul. 7. num. 3.*, & adeo hæc actio publica eſt, vt etiam Iudex ſine accuſatore, quando liquido conſtat de delicto tutoris, poſſit eum tanquam ſuſpectum remouere per textum *in l. 3. §. præterea ff. eod. tit.*, quod ſpecialiter inductum eſt

fa-

fauore pupillorum. Ex eo autem, quod

15 Mulieres non arcentur ab hac accusatione.

hæc actio dicatur publica ad eandem admittuntur primo mulieres, quæ licet in cæteris prohibeantur in foro criminalitèr accusare per textum *in l. 1. ff. de accus.*, in hoc tamen non excluduntur ob specialem pupillorum fauorem; & sic admittuntur, quæ sunt pupillis, vel sanguine, vel aliqua necessitudine coniunctæ, cuiusmodi sunt mater, auia, soror, & nutrix, & alia quælibet, quæ pietatis officio moueatur, & non temere, & contra verecundiam fæmineam, quæ omnia habetur *in d. §. consequens Instit. de suspect. tut.* Secundo admittuntur etiam minores, qui sint egressi limites impubertatis aduersus suos tutores, seu curatores, si tamen id præstent ex consilio consanguineorum suorum, prout colligitur *ex §. impuberes Instit. eod. tit.*, *& l. impuberibus ff. eodem*; non tamen admittuntur impuberes propter imbecilitatem iudicij, & quia præsumuntur odisse in tutoribus salutarem seueritatem; Non negatur tamen, quin alij possint agere pro eisdem impuberibus per textum *in l. pietatis C. de susp. tut.* Tertio admittitur etiã tutor contra contutorem, hocque per textum *in l. tutor quoque in princip.*, *& in l. suspectus verb. Nec ferendus ff. de suspect. tut.* Quarto admittitur etiam libertus pupillorum aduersus tutorem eorundem, prout habetur *in l. tutor quoque §. liberti quoque ff. de suspect. tut.*, Dixi *aduersus tutorem eorundem*; nam aduersus eorũ patrem, si sit aliorum tutor, non admittitur, vt ibi expresse dicitur, *Sed si patronum suum suspectum in tutela facere velint, melius est libertos ab accusatione repelli, ne in ipsa cognitione grauius aliquid emergat, cum hoc alijs omnibus pateat*; Nec ea, quæ hic dicuntur, obstant ijs, quæ dicta sunt in præcedenti discursu de ijs, qui accusari possunt tanquam suspecti, vbi diximus patronum liberti tutorem posse accusari; Non obstant, inquam, quia ea, quæ ibi dicebantur, procedebant in ordine ad eiusdẽ liberti tutelam, hæc autem, quæ hic dicuntur, procedunt de patrono tutore in ordine ad alios; facilius autem iura admittunt quemque ad conseruationem rerum suarum, quam in ordine ad alios. Quinto admittuntur serui pupillorum aduersus eorum tutores, prout expresse habetur *in l. nihil ff. de suspect. tut.* Tandem, vt notat *Gutierez de tut. & curat. part. 2. c. 18. num. 3.*, quilibet de populo admittitur ad huiusmodi accusationem aduersus tutores, vt videtur colligi *ex §. consequens Instit. de susp. tut.*, *& l. pietatis C. eod. tit.*

16 Etiam minores egressi limites impubertatis.

17 Etiam tutor contra contutorem.

18 Etiam libertus pupillorum aduersus tutorem eorundẽ.

19 Etiam serui pupillorum aduersus eorum tutores.

Aduerte tamen, quod omnes prædicti accusare volentes non teneantur, se in crimen subscribere, nam solum debent agere, vt tutor remoueatur, quod concernit pupillorum vtilitatem, non autem ad pœnam vacare, quia hoc potius liuorem erga tutorem indicaret, quam piam mentem erga pupillum; actio autem cum intentione ciuili, non criminali non exigit subscriptionem per textum *in l. vlt. ff. de priuat. delict.*

20 Omnes accusare volentes non tenentur se in crimen tutoris subscribere.

Loquendo de eo, quod est agendum pendente accusatione, donec fuerit terminata, dicendum est, quod regularitèr interim interdicenda sit administratio, & alius in eius locum sufficiendus, prout expresse habetur *in l. cum qui C. de suspect. tut.* Dixi, *regularitèr*, nam, si tutor fuerit persona coniuncta eisdem pupillis, & suspicio fuerit debilis, & leuis momenti, non est ei interdicenda administratio, sed ei socius est adiungendus, prout notant *Caualcanus in tract. de tut. & curat. nu. 19.*, *Ioannes Gutierez in eod. tract. part. 2. c. 18. num. 11. & seqq.*, *Speculator in tit. de tutor. in vers. item, quod est tutor sub nu. 18.*, *Afflictus in tract. de iure Prothomis. in rubr. num. 18.*, *Paulus Castrensis cons. 355. postquam iste tutor vol. 2. in antiquis.* Neque in hoc audiendus est *Angelus Aretinus in l. quod forte §. 1. de solut. & in §. suspectus autem num. 2. & in §. si quis autem num. 1. Instit. de suspect. tut.*, dum indistinctè asserit, quod tutor etiam coniunctus sit in totum remouendus, quandoquidem in hoc communiter reprobatur, vt notat *Gutierez loc. cit. nu. 13.*; nec fauet eidem Aretino textus *in l. eum quem vers. alius tamen C. de suspect. tut.*, quandoquidem ille textus non procedit de tutoribus coniunctis.

21 Pendente accusatione interdicenda est administratio accusato, & alius substituendus.

22 Intellige, si suspicio fuerit grauis.

Quid vero sentiendum sit de tutore coniuncto, accusato, vt suspecto, antequã eidem socius per iudicem adiudicetur? an eidem intelligatur eo ipso interdicta administratio, quousque ei socius fuerit adiunctus? Affirmat *Salicetus in d. l. eum quem C. de suspect. tut.* Sed contrarium asserendum existimo, prout etiam sentit *Bartolus in l. si tutor ab alio num. 3. ff. de suspect. tut.*, cum nullibi inueniatur lex disponens, quod eo ipso, quo tutor sit accusatus, amittat administrationem bonorum.

23 Tutor coniunctus pupillo accusatus de suspecto, antequam ei detur socius non intelligitur spoliatus administratione.

Loquendo postea de ijs, quæ subsequuntur tanquam effectus ad remotionem tutelæ ex causa suspicionis, aduerto, quod tutoris remotio ex causa suspicionis, vel potest esse ex incuria, & negligentia etiam culpabili, non tamen dolosa, vel apertè ex dolo; Si fuerit ex dolo certè sic remotus infamia notatur, prout habetur *in l. suspectos tutores C. de suspect.*

24 Accusatus, & remotus ex aperta causa doli notatur infamia.

tut. Ibi- *Suspectos tutores ex dolo, non etiam eos, qui ex negligentia remoti sunt, infames fieri manifestum est.* Si autem quæratur, quandonam quis dicatur remotus ex dolo? Tunc per textum *in l. tutor quoque §. nunc videamus ff. de suspect. tut.* dicitur

25 Quandonam quis dicatur remotus ex dolo.

tunc intelligi ob dolum, si forte grassatus fuerit in tutela, aut sordidè egerit, vel perniciosè pupillo, vel si aliquid interceperit iam tutor; Nec solum ex remotione ex dolo expresso consequitur infamia, sed etiam ex dolo præsumpto, ex lata scilicet culpa dolo proxima, prout videtur colligi *ex l. impuberibus §. si non fraus ff. de suspect. tut.*; quinimmo teste *Montano de tut. & curat. c. 36. reg. 8. n. 12.* etiam hæc

26 Etiam remotus ex dolo præsumpto contrahit hanc infamiam.

infamia consurgit in eo, qui fuerit accusatus, & remotus ex negligentia tali, quæ secundum communem æstimationem inferat graue, & considerabile dedecus, qualis est non conficere inuentarium, & pecuniã pertinacitèr nõ deponere ad cõparationẽ stabilium per textũ *in d. l. tutor quoq. §. tutores l. tutor qui repertorium ff. de susp. tut.*, ex quibus omnibus à contrario sensu potest deduci, quod, si fuerit remotus ob segnitiam, vel rusticitatem, vel simplicitatem, vel ineptiam non fiat infamis, prout colligitur *ex d. l. tutor quoque §. qui ob segnitiem iuncta l. seq. ff. de susp. tut.*

27 Si fuerit remotus ab imperitiam, vel segnitiam non contrahit hanc notam.

In dubio autem, an sit remotus ob dolum, vel aliam causam non inferentem infamiam, præsumendum est, non ob dolum remotum esse, sed ob aliam culpam, & sic non notari infamia per textum *in l. hæc enim causa ff. de susp. tut.*; quod adeo verum est, vt etiam locum habeat, quantumuis fuerit pæna apposita sine declaratione, an eadem fuerit apposita propter dolum, an vero propter contumaciam; præsumendum etenim est, quod fuerit potius propter negligentiam, & contumaciam apposita, quam propter dolum, & delictum, prout notauit *Gofredus in c. ex literis in verb. vbi autem sit dubium de constit. in sexto*. Ratio autem horum omnium ea est, quia in pænalibus potius facienda est benigna interpretatio, quam rigida per textum *in l. penult. ff. de pænis, & l. si eum testamento ff. de except. rei iud.*, & in his terminis signantèr *Glosa in §. suspectus in verb. famosus Instit. de excus. tut.*

28 In dubio præsumendum est de nõ dolo.

His sic præactis iam examinamus causas, ob quas tutor possit, vt suspectus accusari. Pro quadam regula in genere statuitur *in l. suspectum ff. de suspectis tut.*, quod ille habeatur pro suspecto, qui moribus talis est, vt suspectus sit. In particulari autem subsequentia decernimus.

29 In genere ille habetur pro suspecto, qui moribus est perditus.

Primo dico, paupertatem solam non facere quem suspectum, si alioqui fidelis sit, & diligens, prout habetur *in §. suspectum Instit. de suspect. tut.*, quod idem repetitum habetur *in l. suspectum ff. eod. tit.*, non enim paupertas efficit, ne quis sit bonus æconomus, & tueri rectè nesciat res proprias, & aliorum etiam sibi commendatas; nec ipse tutor compellitur aliquid erogare pupillo, nec ipsum alere per textum *in l. ius alimentorum §. sed, si egeat ff. vbi pupil. educ.* Intellige tamen, si in principio satisdederit, nam secus tunc non est admittendus per ea, quæ supra commendauimus. Dixi *sola paupertas*, nam, si hæc coniungatur cum alijs qualitatibus, quæ habeant vel secundum se præcisè, vel simul cum eadem paupertate ingerere suspicionem, vtique poterit accusari &c.

30 Paupertas solum non facit quem suspectum.

Intellige, si satisdederit.

Secundo dico, quod ille, qui fraudulenter gerit res pupillares, sit à tutela tanquam suspectus repellendus, hocque expressè habetur *in §. nouissimè autem sciendum Instit. de suspect. tut.*, & in hoc omnes conueniunt, & hoc verificatur, quamuis offerat satisdationem rem pupilli saluam fore, quia satisdatio non demit maleuolum satisdantis propositum; quod, si dicatur, quod quoad effectum fraudulentæ administrationis satis prouisum intelligatur pupillis quoad illam per fideiussionem præstitam, cum fideiussor possit pro illa conueniri; statim respondebitur, quia expedit potius rem saluam esse, quam cautionem habere per textum *in l. 3. ff. de compensat. & l. fin. C. quib. caus. in integ. restit. non est necess.*, nec quis debet se committere fragilitati cautionis per textum *in l. cogi §. idem quæritur ff. ad Trebel.*

31 Qui fraudulenter gerit res pupillares est remouendus, quãuis offerat satisdationẽ.

Tertio dico, quod, si tutor pecuniam pupillarem otiosam detinuerit, nec conuerterit in vtilem prædiorum emptionem non solum teneatur ad pupilli interesse, sed etiam tanquam suspectus sit a munere tutelæ repellendus, si occasio emptionis fuerit inuenta per textum *in l. tutor quoque §. tutores ff. de susp. tut. Glosa in l. tutores & curatores in verb. curabunt C. de administ. tut.*, hoc etenim imputandum est incuriæ, & negligentiæ *l. tutor qui post §. fin. ff. de administ. tut. & l. si tibi C. de testam. tut., & l. 2. C. si tutor non gesserit.*

32 Tenens otiosam pecuniã pupillarem, cum posset commodè ad lucrum implicare potest, vt suspectus remoueri.

Quarto dico, quod tutor, qui inconsiderate, vel dolo pupillum abstinuerit ab hæreditate tanquam suspectus sit remouendus per textum *in l. tutor quoque §. tutores in fin. ff. de suspect. tut.*, & quidem, si inconsiderate hoc egerit, ratione negligentiæ in priuatione tutelæ plectendus est; si vero dolo non solum priuandus, sed etiam infamia notandus per ea, quæ supra probauimus.

33 Qui inconsideratè, vel dolo pupillum abstinuit hæreditate est remouendus, vt suspectus, & plectendus, & quomodo.

Quin-

34 Qui suasit alteri, vt se hæredem institueret exclusis eiusdem filijs est, vt suspectus remouendus à tutela.

Quinto dico, quod, si quis alteri suaserit, vt se hæredem institueret exclusis proprijs filijs, & nepotibus, sit tanquam suspectus improbandus, prout habetur *in l. scire §. eos qui in verb. cum reliquis ff. de tut. & curat. dat. ab his*, ibique redditur ratio. *Semper autem maximè hoc obseruent magistratus, ne creent eos &c.* vnde meritò subdit *Paulus Montanus de tut. & curat. c. 36. nu. 12.* de tali enim homine non potest non dari sinistra suspicio, & homo ad malitiam semel deditus facilè adinuenit, vt minorum proprias res faciat.

35 Qui affectat tutelam, seu se ingerit in tutela est vt suspectus remouendus.

Sexto dico, quod ille, qui affectat, seu se ingerit in tutela, sit vt suspectus habendus, & per consequens remouendus *Bartolus in d. l. scire §. cum reliquis ff. de tut. & curat. dat. ab his Glosa in l. quæ omnia §. nec ferendus in verb. suspectus ff. de Procur.*, *Paulus Montanus de tut. & curat. c. 36. num. 12.*, & expresse deducitur ex textu *in d. l. scire §. eos qui in verb. cum reliquis ff. de tut. & curat. dat. ab his*, qui textus licet fuerit adductus in comprobationem præcedentis causæ, ad quem solummodo confert indirectè, directè tamen, & congruentius facit ad rem præsentem Ibi- *Hoc obseruent magistratus, ne creent eos, qui se ipsos volunt ingerere, vt creentur.* Et quidem congrua ratione hoc decernitur, quandoquidem, cum tutela ex genere suo onus secum afferat, non videtur optabilis; vnde, dum anxiè quis in eam se ingerit, præsumendus est, quod se ingerat ad effectum, vt sibi, non pupillis consulat.

36 Qui pecuniam dedit ad effectum vt admittatur, est, vt suspectus remouendus.

Septimo dico, quod, si quis pecuniam dederit ad effectum, vt ad tutelam admittatur, sit tanquam suspectus repellendus, prout expresse habetur *in §. sed si quis præsens in verb. sicut ille remittitur Instit. de suspect. tut.*, *& in d. l. scire in §. eos quos in fin. ff. de tut. & curat. dat. ab his*, vbi non solum dicitur, hunc esse reijciendum a tutela, sed vlterius pœnæ obnoxium esse; vnde subdit *Montanus loc. quo supra nempe d. c. 36. num. 15.* Quis enim vereatur in suos vsus conuertere, quod suo emit impendio?

37 Qui ex sua prodigalitate, & imprudẽtia in suis bonis vergit in decoctionẽ tanquam suspectus est habendus.

Octauo dico, eum, qui ex sua prodigalitate, & imprudentia in suis bonis vergit in decoctionem, tanquam suspectum esse à tutela pupilli remouendum *Montanus de tut. & curat. d. c. 36. num. 7.* Quomodo enim quis potest præsumi habiturus curam, & diligentiam ad res alienas, qui suas imprudenter neglexit, & prodigaliter profudit? Ex hoc capite vergente marito in decoctionem iura concedunt vxori repetitionem dotis, quamuis hæc regulariter debeat esse penes maritum, a quo onera matrimonij sunt sustinenda per textum *in l. dotis fructus in princip., & l. is qui §. 1. ff. de iur. dot., & l. si constante in princip. ff. solut. matrim., & l. vbi adhuc C. de iur. dot.*, & hoc non alia ratione, nisi quia vehemens adest suspicio, quod, sicuti sua bona patrimonialia profudit, ita & dotalia vxoris profundat, ergo etiam, cum in nostra hypothesi ex tali profusione bonorum suorum sit vehemens præsumptio, quod possit, & velit etiam res pupillares profundere, eædem res pupillares erunt ab ipso tanquam suspecto remouendæ.

38 Non solum est repellendus post susceptã tutelam, sed etiam non admittẽdus ad eãdem

Sed hic oritur dubium, an ea, quæ dicta sunt, verificentur solum, quando post susceptam tutelam prodigaliter facultatibus est lapsus, & versit in inopiã, an verò etiam, quando antecedenter ad eiusdem tutelæ susceptionem vniuersa sua imprudenter profudit, adeo vt tanquam suspectus non sit ad eandem tutelam admittendus? Arbitror etiam, in hoc posteriori casu esse repellendum, seu non admittendum, quod etiam videtur sensisse *Montanus d. c. 36. num. 9. in fin.*, nam causa, quæ est sufficiens ad repellendum post susceptam, est etiam sufficiens, ne admittatur ante susceptionem, quinimmo facilius retinetur id, quod iam acquisitum est, quam acquiratur, quod non habetur, & in hoc locum habet iuristicum illud effatum. Turpius eijcitur, quam non admittitur hospes.

39 Si inopinato fato factus fuerit pauper non est remouendus, si cæteroqui fuerit fidus.

Dixi, *qui ex sua prodigalitate, & imprudentia vergit, vel versit in decoctionem.* Quid iam sentiendum est, si inopinato fato, & non sua malitia verserit in decoctionem, seu lapsus fuerit facultatibus? In hac hypothesi ipsum æquipararem pauperi, qui, si ex alio capite fuerit fidus, & diligens, non erit tanquam suspectus repellendus per ea, quæ habentur *in §. suspectum Instit. de suspect. tut. & in l. suspectum ff. eod.*

40 Item habetur, vt suspectus, si inuentarium non confecerit.

Nono dico, tutorem tanquam suspectum remouendum esse, qui non confecerit inuentarium, prout docent *Corneus cons. 175. num. 4. lib. 2.*, *Afflictus decis. 207. in fin.*, *Boerius q. 133. num. 100. & seqq.*, *Cranetta cons. 190.*, & expresse habetur *in l. tutor quoque §. tutores ff. de suspect. tut.*, & congrua quidem ratione hoc decernitur, quandoquidem eodem non existente, nec legitimè confecto plura possunt disperdi sine facultate repetitionis, nec perfectè possent reddi rationes administrationis completa tutela; atque hæc verificantur, siue fuerit tutor datiuus, siue legitimus, siue testamentarius, prout notant *Boerius d. q. 133. num. 100. & seqq.*, *Cranetta cons. 190.*, *Montanus de tut. & curat. d. c. 36. num. 18.*

Sed

41 Excipe tamen, si fuerit tutor testamentarius, & à testatore liberatus ab onere illud conficiendi.

Sed quid sentiendum erit, si quoad tutorem testamentarium testator eidem remiserit confectionem inuentarij, & redditionem rationum? In hac hypothesi arbitror, absolute non esse remouendum tanquam suspectum, si non confecerit inuentarium, & in hoc arbitror consentire *Practicam Papiensem form. reddit. rat. tut. glosa 2. num. 15. cum addit. Iulium Clarum §. testamentum q. 66.*, *Oinotomum in §. 1. Instit. de legit. agnat. tut.*, *Paulum Christinum decis. 163. nu. 7. vol. 3.*, dum dicunt in hoc casu non teneri conficere inuentarium, ergo, si non conficit, non delinquit, sed vtitur iure suo, adeoque tanquam suspectus non est remouendus.

42 Tenetur tamen ad descriptionem bonorum

Sed, an saltem teneatur ad descriptionem bonorum non obstante remissione inuentarij? Affirmant *Rota Romana part. 10. recent. decis. 192. num. 2.*, *Franciscus de Angelis tract. de confess. lib. 2. q. 15. nu. 12.*, quod quidem valde probabile est, quandoquidem debet constare de bonis, quæ sunt pupillorum, ne facile deperdantur, neue eorum memoria oblitteretur in præiudicium eorundem, ob quam rationem nonnulli, inter quos *Alexander cons. 62. lib. 4.*, *Bartolomeus Socinus cons. 2. lib. 1.*, *Ioannes Andreas in addit. ad Specul. in titul. de tutore §. fin. num. 1. in fine*, *Ripa in l. nemo potest num. 85. ff. de legat. 1. & alij* dixerunt, quod, etiam si testator remiserit inuentarium, tutor teneatur illud conficere, quod tamen non ausim affirmare, cum non videam, cur testator in ordine ad res per ipsum relictas non possit legem sibi beneuisam apponere.

43 Et si non confecerit tenebitur vt suspectus

Sed, an in casu, quo deobligatus tutor per testatoris dispositionem ab onere conficiendi inuentarium, non confecerit descriptionem bonorum, ad quam descriptionem diximus teneri, possit tanquam suspectus remoueri? Probabilius affirmarem, cum saltem possit argui de negligentia, & incuria in administratione bonorum; in remotione autem tutoris ob suspicionem, sufficere quamcunque causam leuem, quinimmo leuissimam expressè docent *Bartolus in l. fin. ff. de suspect. tut.*, *Baldus in l. qua fortuitis C. de pignor. act.*

44 Habetur, vt suspectus, si aliqua omiserit in inuentario apponere.

Decimo, dico, quod, si tutor aliqua omiserit in inuentario apponere, potest, vt suspectus remoueri (*Corneus cons. 198. num. 2. & 3. lib. 1.*, *Gratius cons. 25. num. 6. lib. 2.*, *Iason cons. 2. vers. quarto moueor lib. 2.*, *Montanus de tut. & curat. c. 36. nu. 19.*) quia est vehemens præsumptio de dolo, vt scilicet illa omiserit, vt illis pupillum priuaret, & in sui commodum conuerteret. Quod, si apposuerit in inuentario clausulam illam *Saluo iure addendi*, tunc euacuat quidem suspicionem, quando omiserit ex dolo, sed obligat ad deferendas res, quas postea inuenerit, quod, si non præstiterit, reassumitur suspicio de dolo, & induit præsumptionem, quod clausulam illam addiderit potius ad fraudandum, quam cum animo apponendi.

45 Si bona pupilli in suos vsus conuerterit.

Vndecimo, dico, quod, si tutor aliqua interceperit ex rebus pupillorum, suosque in vsus conuerterit, sit, vt suspectus repellendus, prout expressè habetur *in l. tutor quoque §. nunc videamus ff. de suspect. tut.* Ibi- *vel si aliquid interceperit ex rebus pupillaribus, vt tutor*; non enim habendus est, vt fidelis, qui res sibi in custodiam, & curam commissas arrogat. Sed, cum dicatur in allegato textu *receperit ex rebus pupillaribus, vt tutor*, oritur hic difficultas, an, si interceperit, non vt tutor, sed ante tutelam, possit accusari, vt suspectus? Tunc expressè ibidem dicitur, quod non possit suspectus tutor postulari. Ibi- *Quod, si quid admisit, ante tamen, quam tutor esset, quamuis in bonis pupilli, vel in tutela, non potest suspectus postulari, quia delictum tutelam præcessit.*

46 Sententia afferens, quod, si non incepe-rit, vt tutor, sed ante tutelam nō sit excludendus.

Sed difficultas ex eo consurgit, quod oriatur vehemens suspicio, quod ex eo, quod rem pupillarem sibi arrogauerit, antequam ad tutelā vocaretur, nec restituerit, videatur in primis, quod durāte tutela perindè se habeat, ac si tunc intercepe-rit, cum non restitutio, seu retentio, habeatur pro continuata acceptione; Deindè, quod sicuti non timuit res pupillares accipere, quando illarum curam non habebat, fit præsumptio, quod sit accepturus, dum versatur in illorum administratione; vndè plerique, nec immeritò docent, quod, si quis in alijs tutelis malè versatus fuerit, vt suspectus etiam antequam gerat, possit remoueri, per textum *ind. §. idem erit ff. de suspect. tut.*, nam, quinimo malè gessit, hodiè etiam malè gesturus præsumitur, *d. l. 3. §. si autem*, *& §. si curator ff. de suspect. tut.*, *Mascardus de probat. concl. 873. nu. 10.*, *Baldassar Thomasinus tract. 9. de tut., & curat. tit. 26. c. 3. n. 59.*; & si ratione malæ administrationis in alijs tutelis, quæ non communicant cum ista, repellitur, non est, cur nō sit repellendus ex interceptione bonorū pupillarium, quamuis hoc admiserit, antequam tutor esset; non enim repugnat, quod quis accusetur, vt suspectus, antequam gerat tutelam, per textum *in §. suspectus autem est, in verb., sed & antequam instit. de susp. tut.* Quid tam in hoc concludendum? Dicendum est, quod quantumuis interceperit, antequam esset tu-

tor,

tor, poſſit, vt ſuſpectus remoueri, prout expreſsè colligitur ex textu *in l. hæ enim cauſæ §. ſi prætor in fin. ff. de ſuſpectis tut.* Ibi- *Qui nihil geſſerunt, non poſſunt ſuſpecti poſtulari, verum ob ignauiam, vel negligentiam, vel dolum, ſi dolo fecerunt, poſſunt remoueri*, quem textum ad hunc effectum allegat *Gloſa in §. ſuſpectus autem eſt in verb. remoueri inſtit. eod. tit.*, vbi dicit, quod huiuſmodi tutor poſſit remoueri, ſed non accuſari; Neque huic textui, & gloſæ contrarius eſt textus *in d. l. tutor quoque §. nunc videamus ff. eod. tit.*, quia in hoc etiam dicitur, quod huiuſmodi tutor, qui ante res pupillares intercepit, non poſſit poſtulari; non autem dicitur, quod non poſſit remoueri; & ſi diuerſimodè acciperetur, adeout, nec poſſit, vt ſuſpectus poſtulari; nec remoueri, daretur contrarietas iurium, quæ certè non eſt admittenda. Quod, ſi quæratur, cur poſſit, vt ſuſpectus remoueri; non autem poſtulari? tunc *Gloſa in d. §. ſuſpectus autem in verb. remoueri Inſtit. de ſuſpect. tut.*, aſſerit, non poſſe accuſari ex verbis leg s duodecim tabularum, benè tamen ex ſententia Iuliani, vt dicitur in *d. §. ſuſpectus autem*. Dici etiam poteſt, non poſſe accuſari ex iuditio tutelæ, cum eandem tutelam non ſuſceperit pro tempore, quo res illas accepit, benè tamen iuditio iuſtæ ſuſpicionis, quod videtur magis conforme dictæ *l. tutor quoque §. nunc videamus ff. de ſuſp. tut.*, cum ibi dicatur, *Proindè, ſi pupilli ſubſtantiam expilauit, ſed antequam tutor eſſet, accuſari debet expilatæ hæreditatis crimine*; quod etiam confirmari poteſt ex ijs, quæ ſubduntur *in d. §. nunc videamus in verſ. ſi autem*, vbi dicitur, quod, ſi ipſe tutor aliam tutelam adminiſtrauit, remouendus ſit ab adminiſtratione alterius, ad quam vocatus eſt ex eo, quod in alia malè verſatus ſit; ex quibus deduco iuxta ſuperius dicta, quod, ſicuti poteſt expelli à ſecunda tutela, ex eo, quod malè primam adminiſtrauerit, quamuis hæc non communicet cum illa, ita etiam poteſt expelli ab hac tutela, ex eo, quod bona eiuſdem, quantumuis antecedentèr ad ſuſceptionem eiuſdem tutelæ interceperit.

47 Probabilius tamē eſt habēdus, vt ſuſpectus

Soluuntur rationes contrariæ ſententię.

48 Sed, an quis, ob male adminiſtratam tutelam alicuius pupilli, poſſit accuſari ſuſpectus, & expelli a curatione eiuſdem ex hoc capite, ſi fuerit vocatus ad eiuſdem curam, poſtquam exiuit è terminis impubertatis, & eſt in minoritate? In hoc textus *in d. l. tutor §. nunc videamus ff. de ſuſpect. tut.* diſtinguit; vel etenim ille, qui prius fuit tutor, & malè adminiſtrauit, habet in curatione, ad quam vocatur, poſtquam pupillus egreſſus eſt limites impubertatis, alium concuratorem, vel ipſe ſolus eſt vocatus, & confirmatus in curatorem. Iuxta primum ſenſum aſſerit, quod non poſſit, vt ſuſpectus poſtulari, ea ratione, quia poteſt conueniri actione tutelæ à concuratore. Iuxta ſecundum aſſerit, & poſſe poſtulari, vt ſuſpectum, & remoueri de eo, quod malè tutelam adminiſtrauit; iuxtà quos terminos ſecundum eandem diſtinctionem procedit in eo, qui bis fuit tutor; ſi etenim in ſecunda habeat contutorem, non poteſt, vt ſuſpectus accuſari, quia per contutorem aduerſus ipſum agitur actione tutelæ, ſi verò non habeat contutorem, & iuſtè recuſari poteſt, & remoueri ob malam primæ adminiſtrationem. Quod idem omnino aſſerit dicendum de eo, qui fuit vocatus ad curam ventris prægnantis, pro quo tempore malè adminiſtrauit bona eiuſdem, & deindè nata prole factus fuit tutor eiuſdem; poſtulari etenim, vel non poteſt poſtulari, ſecundum, quod habet, vel non habet contutorem, iuxtà mox explicata.

An, qui adminiſtrauit tutelam, poſſit à cura, ſi ad illam vocatus fuerit, ſe excuſare.

Duodecimo dico, quod quis propter inimicitiam cum patre pupilli, poſſit, vt ſuſpectus poſtulari, & remoueri *Bartolus in l. tutor §. ſi tutor ff. de ſuſpect. tut.*, *Decianus conſ. 15. nu. 13.*, *Galganetus de tutel. lib. 1. tit. 2. num. 14.*, *Socinus Iunior conſ. 59. nu. 39. lib. 3.*, *Balthaſſar Thomaſius tract. 9. de tut., & curat. tit. 26. r. 1. n. 2.*, *Montanus de tut., & curat. c. 36. nu. 4.* Ob hanc cauſam inimicitiæ cum patre, diximus in præcedenti prænot. ſub octaua propoſitione, quod tutor vocatus ad tutelam, poſſit ab illius adminiſtratione ſe excuſare, vbi ſecundum varias conſiderationes materiam hanc diſcuſſimus, quæ conſiderationes ibi ſunt recoleudæ; Hæc noſtra aſſertio expreſsè fundatur *in d. l. tutor §. ſi tutor ff. de ſuſpect. tut.*, *& in l. in confirmando in fin. ff. de confir. tut.* Sed quid ſentiendum ſit, quando ſecuta eſt inter patrem pupilli, & tutorem reconciliatio, quando à longo tempore ad mortem patris præceſſerunt inimicitiæ, & pater poſt conditum teſtamentum eum tutorem potuit reuocare, & nō reuocauit, & alia huiuſmodi? Recole, quæ dicta ſunt *in præcedenti prænot. ſub 8. prænotione per totum*.

49 Ob inimicitias cum patre pupilli, poteſt ſuſpectus poſtulari

Quid autem ſentiendum ſit, ſi inimicitiæ ortæ fuerint, non ex parte tutoris dati, ſed ex præciſo liuore, & odio patris nulla præcedente cauſa ex parte eiuſdem tutoris? Tunc *Corneus conſ. 17. num. 20., & ſeqq. lib. 2.*, *Ondedeus conſ. 88. n. 41. lib. 1.*, *qui etiam teſtatur ita indicaſſe*

Rotam

Rotam Perusinam, Balthassar Thomasius tract. 9. de tut., & curat. tit. 26. c. 1. nu. 3. asserunt non posse tanquam suspectum

50 Si inimicitiæ ortæ fuerint, non ex parte tutoris, sed ex parte patris, an sit sufficiens suspicio, remittendum regulato Iudicis arbitrio.

postulari, & remoueri addita ratione, quia illud odium morte patris pupillorum intelligitur extinctum, & sic remota illa causa suspicionis; hocque asserunt verificari, siue ille tutor datus fuerit testamento per patrem, antequam odium illud conciperet, & non reuocauerit, siuè dandus postea sit tanquam legitimus à lege, vel tanquam datiuus à Iudice. Sed adbuc posset esse aliqua suspicio, vt, quamuis odium non fuerit excitatum ex parte tutoris, vel dati, vel dabilis, possit tamen ex illo odio, quo à patre pupillorum fuit prosecutus, excitari ad aliquid noxium rependendum in filios. Quamobrem hoc remittendum arbitrarer arbitrio regulato iudicis, qui pensata qualitate personæ secundum probos, vel improbos mores, secundum animum paccatum, vel iracundum decernat, an sit admittendus, vel reijciendus.

Tertiodecimo dico, quod, si tutor violentiam intulerit grauem in personam pupilli, possit tanquam suspectus

51 Potest, vt suspectus postulari, si violentiam grauem intulerit pupillo.

remoueri. Consentiunt *Balthassar Thomasius tract 9. de tut., & curat. tit. 26. c. 1. nu. 19., Paulus Montanus de tut., & curat. d. c. 36. n. 27.* nam potest esse præsumptio, quod, si est ausus inuadere personam pupillii, non timebit rebus eiusdem fraudes inferre. Sed, an, ad hoc, vt possit, vt suspectus postulari, requiratur, quod violentiam pupillo intulerit cum armis? Affirmatiuè respondent *Thomasius, & Montanus loc. cit.*, eo quod, quando non

52 Etiam, si talem violentiam, non intulerit cum armis.

est cum armis, non intelligitur violentia publica. sed priuata. Sed non libentet annuerem, nam licet requiratur hæc vis publica cum armis ad incurrendum crimen legis Iuliæ de vi publica, & ad incurrendas pænas, & præcipuè pænam deportationis, iuxta textum *in l. qui dolo §. fin. ff. ad leg. Iul. de vi publica*, non requiritur tamen ad inducendam iustam causam suspicionis de persona vim illam inferente quoad malam curam pupilli, quem cum illa violentia aggressus est, & illius bonorum, quæ satis est ad illum excludendum ab administratione, cum per superius allegata, & probata ad talem exclusionem sufficiat quęcunque causa etiam leuis; & si inimicitiæ, quæ fuerunt inter patrem pupilli, & tutorem, quamuis non fuerint cum aggressione armorũ, dummodo fuerint graues, tribuunt sufficientem causam suspicionis, non video, cur inimicitiæ ortæ inter tutorem, & pupillum cum graui violentia per illum isti illata, non oriatur sufficiens causa suspicionis, ob quam ille possit remoueri? Limitarem

53 Limita, nisi violentia fuerit ex casu inopinato.

tamen in casu, quo illa violentia fuerit ex casu inopinato, ex subita ira, non cum plena deliberatione, & ordinata ad bonum ipsius pupilli, ad illum scilicet remouendum ab aliquo actu ipsi noxio; in quo cautè debet Iudex procedere omnia adamussim ponderando.

Quartodecimo dico, adesse iustam causam suspicionis, postulationis, & remotionis, si tutor copiam sui non fecerit,

54 Potest suspectus postulari, si per malitiã se subtraxerit, ne per Iudicem pupillo alimenta decernerentur.

sed malitiosè se retraxerit, ne per Iudicem pupillo alimenta decernerẽtur *Galganetus de tut. tit. 10. num. 9. & 10. lib. 1., Montanus d. c. 36. num. 30., Ioannes Gutierez de tut. part. 2. c. 3. n. 48., Balthassar Thomasius d. tract 9. de tut. & curat. tit. 26. c. 1. num. 21.* Hoc expresè habetur *in §. si quis tutor Instit. de suspect. tut.*, vbi etiam in pænam eiusdem tutoris sic latitantis decernitur, vt pupillus in bonorum ipsius possessionem immitatur; Hoc idem statuitur *in l. tutor. §. tutor, & l. impuberibus §. præterea ff. de susp. tut.* Idem, quod statuitur, quando se retraxit, & latuit, ue per Iudicem pupillo alimenta decernantur, quoad suspicionem, & remotionem intelligendum est, quando non se retraxit, sed præsens dixit, alimenta non posse decerni pupillo, eo quod inops sit, & facultatibus destitutus, si etenim de mendatio conuincatur, tunc non solum vt suspectus remoueri potest, sed etiam puniri per textum *in l. tutor §. tutor ff. de suspect. tut. & §. sed si quis præsens Instit. eod. tit.*, in quo vtroque textu comparatur ille, qui falso negauit pupillo non suppetere, quo possint alimenta decerni, illis qui erogata pecunia, & corruptis ministris in tutelam detruduntur, seu illam impiè acquirunt.

Quintodecimo dico, eum tutorem suspectum haberi, qui administrationem

55 Suspectus etiam potest postulari, qui administrationem non communicauit cum alio tutore.

non communicauit cum alio contutore *Mascardus de probat. concl. 815. num. 80., Galganetus de tut d. tit. 10. num. 12. lib. 1., Thomasius loc. cit. nu. 24., Montanus d. c. 36. num. 34. & seqq.* Expresè colligitur ex textu *in l. actus ff. de administ. tut.* Ibi- *Sed nisi cum eo administrationem communicat, aut ex fide curam gerat, suspectum postulari posse*, & ratio clara videtur, quia illa negatio communicationis quoad administrationem vehementem inducit præsumptionem, quod fideliter, & prudenter illa administratio non peragatur; Ad quid enim subtrahere ab alterius cognitione id, quod simul cum illo esset peragendum, si nulla fraus irreperet, nihilque malè gestum supponeretur?

Sextodecimo dico, quod, si quis post

as-

assumptam tutelam nihil gesserit, vel ab administratione cessauerit, possit vt suspectus postulari. *Galganetus d. tit. 10. num. 9., Montanus d. c. 36. n. 35., Thomasius d. tit. 26. c. 1. num. 25.* Colligitur ex textu *in l. 2. & 3. C. de suspect. tut.* Hoc tamen in primis aduertendum est, quod, si tutor omiserit administrationem, non statim vt suspectus sit postulandas, sed prius strictioribus remedijs adhibitis sit compellendus ad officium administrationis; quod, si postea in contumacia perseuerauerit, suspectus sit postulandus, vt expresse dicitur *in d. l. 3. C. de suspect. tut.* ibi: *Quod, si in eadem contumacia perseuerauerit, suspectum postulare non prohiberis.* Secundo, quod huiusmodi cessatio ad effectum talis postulationis, & remotionis debeat esse ex dolo, notat *Galganetus d. tit. 10. num. 9.* ex textibus iuris ciuilis. Primo ex textu *ex l. hæ enim §. si prætor ff. de suspect. tut.* Secundo *ex l. 5. §. gessisse ff. de administ. tut.* Sed quoad hanc animaduersionem, quam adhibet *Galganetus loc. cit.* requirens ad talem postulationem, & remotionem dolum in omissione, & cessatione administrationis attentius ponderanda res est; nam textus, quos ipse allegat, non videntur ipsius intentum euincere; nam primus *in l. hæ enim §. si Prætor ff. de suspectis tut.* dicit, quod, *qui nihil gesserunt, non possunt suspecti postulari, verum ob ignauiam, vel negligentiam, vel dolum, si dolo fecerunt possunt remoueri*, ex quo textu apparet, non ob solum dolum, sed etiam ob ignauiam, & negligentiam in omissione, & cessatione posse remoueri; secundus vero *in l. 5. §. gessisse ff. de administ. tut.* solum dicit gessisse, qui modicum attigit per se, vel per alium, & si cessat vt suspectus possit accusari, & qui non gessit, teneatur vtili, nec ibi vlla vnquam mentio de dolo. Congruentius ad suum intentum allegasset Galganetus textum *in l. 2. C. de susp. tut.*, quem tamen non allegauit, vbi dicitur, *quod, si in fraudem id factum esse existimes, suspectos eos postula.* Sed, quoniam in hoc textu *l. 2. C. de susp. tut.* requiritur fraus ad effectum, vt quis postuletur suspectus; in textu verò *in l. hæ enim §. si prætor ff. eod. tit.* sufficit ignauia, vel negligentia *ibi verum ob ignauiam, vel negligentiam*, tota difficultas versatur in intellectu huiusmodi iurium. In ordine ad quem intellectum *Glosa in d. l. hæ enim in verb. qui nihil ff. de suspect. tut.* distinguit inter tutorem, qui nihil gessit, & tutorem, qui modicum gessit, & postea cessauit ab administratione tutelæ, & iuxta hanc distinctionem multas adhibet resolutiones, quod etiam præstat *Glosa in d. l. 2. C. de suspect. tut.*; & primo dicit, quod, si nihil gessit, non posit accusari, sed remoueri per Iudicis officium per textum *in l. tutor §. præterea ff. eod.*, si verò gessit, & postea destitit, vel ex ignauia, vel negligentia, vel dolo posit accusari, & remoueri iuxta præsentem textũ *in l. hæ enim, & §. sed & antequam Instit. eod.*; secundo dicit, quod, antequam gerat ex dolo tantum, seu contumacia, posit accusari; postquam vero cæpit gerere, etiam ex ignauia, & negligentia; tertio dicit, quod ob hoc solum, quod non gessit, non posit remoueri, benè tamen ob fraudem, quæ regulariter præsumitur, quia, vt ait Glosa *in d. l. 2. C. de suspect. tut.* semper certè videtur in dolo, eo quod non gerit. Huic vltimæ explicationi adhærens dico, quod, antequam gesit, dicatur ex dolo posse accusari, & remoueri, quia supponitur conscius, quod datus fuerit in tutorem, & non obstante tali scientia neglexerit gerere, quod certè ingerit suspicionem doli; postquam verò gessit, posit etiam accusari ex negligentia, & ignauia; quia est neglectus in ijs, in quibus iam ex munere suscepto est addictus. Quamobrem apparet, non esse simpliciter verum id, quod asserebat *Galganetus de tut. d. tit. 10. num. 9.*, quod simpliciter ad postulationem suspecti, & remotionem eius, qui vel non gesit, vel cessauit ab administratione, requiratur dolus.

56 Item, qui post susceptam tutelam nihil gessit, & ab administratione cessauit.

57 Debet tamen prius strictioribus remedijs compelli.

58 Verum requiratur, quod non gesserit, vel destiterit ex dolo.

59 Prima sententia docet requiri dolum.

60 Conciliantur textus in l. 2. C. de susp. tut. & l. hæ enim §. si Prætor ff. eod.

61 Si non gessit solum ex dolo potest remoueri, si gessit etiã ex ignauia.

Decimoseptimo dico, quod, si tutor vocatus in iudicium contumax fuerit, posit vt suspectus postulari, & remoueri. *Balthassar Thomasius d. tract. 9. de tut. & curat. tit. 26. c. 1. num. 26., Castrens. in l. inuitus num. 6. C. de Procur., Montanus de tut. & curat. c. 36. nu. 36., Viui. decis. 40. num. 11. vers. & primo.* Deducitur *ex l. impuberibus §. item si quis ff. de suspect. tut.*, & ratio id clarè suadet, quia hoc esset pupillum indefensum relinquere; Verum tamen est, quod prius edictis sit auocandus; scilicet tribus, vel vno pro omnibus, vt explicat *Glosa in d. l. impuberibus §. item si quis in verb. edictis ff. de susp. tut.*, quod, si non paruerit, sit postea remouendus vt suspectus, vt *in d. §. item si quis.*

62 Si tutor in iudiciũ vocatus cõtumax fuerit potest vt suspectus remoueri

Decimooctauo dico, quod, si tutor res pupillares inalienabiles sine decreto vendiderit, etiam ad effectum sanandi æs alienum, quo pupillus præmebatur, cum poset aliunde sanari per pecunias in arca congestas, posit vt suspectus remoueri, quod colligitur *ex l. 1. ff. de rebus eorum, & in l. magis puto §. ne passim ff. eod., & l. tutor quoque §. seuerus ff. de susp. tut.*; & licet in hoc vltimo textu dicatur, quod hæc venditio non teneat, nihilo-

63 Potest vt suspectus postulari, si res pupilli inalienabiles sine decreto Iudicis alienauerit etiam ad æs alienũ sanandũ.

minus ipse vt suspectus est remouendus, cum id intentarit, quod non potuit, & præsumitur ex fraude id præstitisse; Quod adeo verum existimat *Montanus d. c. 36. num. 26.*, vt asserat, quod, quantumuis testator generalitèr facultatem fecerit vendendi, non tamen tutor sic alienans, seu vendens excusetur, quia talis facultas intelligenda est existente legitima causa, hoc est vrgente necessitate, quæ certa causa in hac hypothesi non intelligitur interuenire, cum æs alienum potuisset pecunijs congestis sanari, quod, cum non præstiterit, intelligitur ex dolo fecisse, & pupillum spoliare voluisse, quod etiam notauit *Bartolus in l. in alio ff. de aliment. & cib. leg.*

Decimonono dico, quod, si testator in testamento aliquem dederit tutorem filijs suis impuberibus, qui post mortem

64 Tutor testamentarius, si post mortem Patris cœperit apparere, vt improbus potest remoueri.

Patris cœperit apparere, vt improbus, vtique hic sit repellendus vt suspectus a tutela, quinimmò nec acceptandus a Iudice, nec confirmandus, prout notarunt *Montanus de tut. & curat. d. c. 36. num. 6.*, & *Balthassar Thomasius d. tract. 9. tit. 26. n. 45. vers. alijs etiam causis*, & ratio est, quia potius debet inspici pupillorum vtilitas, quam testatoris voluntas per textum *in l. in confirmando ff. de confirm. tut.*, quinimmo, si testator ipse sciuisset, verisimilitèr eum in tutorem non dedisset; & cum illa improbitas de nouo emergat, nouo indiget remedio, quod vtique habetur per remotionem.

Vigesimo dico, illum tutorem suspectum haberi, qui impedit, quominus beneficium aliquod pupillo conferatur,

65 Suspectus habetur, qui impedit beneficium pupillo.

prout expresse docent *Montanus*, & *Thomasius loc. cit. ille num. 43. iste num. 23.*, quia non præsumitur quis attendere vtilitati pupillorum, qui ab eisdem beneficia auertit, & inimicus eius supponitur, cui benè fieri impedit falsis suasionibus.

Alias plurimas causas suspicionis allegant DD., vt quando mulier tutrix

66 Aliæ causæ suspicionis referuntur remissiuè.

conuolat ad secunda vota, vel quando tutor non satisdederit, vel quando litem haberet super omnia bona pupilli, vel maiorem partem ipsorum, vel si conduxerit vectigalia, vel fideiusserit pro conductore ipsorũ, vel quatenus tutor perpetua ægritudine opprimatur, vel quatenus fuerit creditor, vel debitor pupilli. Sed de his omnibus egimus in præcedentibus, quarum aliquas diximus priuare ipso facto tutela, vt præcipue de Matre ad secunda vota conuolante, alias tribuere sufficientem causam excusationis. Fateor tamen, quod, si ex illis tutores electi non se excusent, possint tamen postulari suspecti, & remoueri cum tribuant sufficiens inditium suspicionis.

Vigesimoprimo, & vltimo dico, generalitèr, quod ex illis causis tutor possit vt suspectus remoueri, quas Iudex iudicauerit iustas, & sufficientes *Socinus Iun. cons. 19. num. 37. lib. 3.*, *Phylippus Corneus cons. 175. num. 4. lib. 3.*, *Alba cons. 580. nu. 11. & seqq.*, *Balthassar Thomasius d. tract. 9. tit. 21. c. 1. nu. 1.*, *Montanus de tut. & curat. d. c. 36. num. 2.* Expresse deducitur ex textu *in l. tutor quoque §. si tutor ff. de suspect. tut.* Ibi *& generaliter, si qua iusta causa prætorem mouerit, cur non debeat in illa tutela versari, reiicere eum debebit*, quod eo magis certum est, quod communiter dicitur, quod tutor ex quacunque leui causa, immo etiam leuissima possit remoueri *Bartolus in l. fin. ff. de susp. tut.*

67 Suspectus declarari potest ex alijs causis, quas Iudex iudicauerit iustas.

Pro complemento eorum, quæ dicta sunt sub hoc titulo suspicionis tutorum, duo aduertenda sunt; primum, quod aliqui teneantur tutores suspectos accusare, cuiusmodi sunt cõsanguinei proximiores, qui, sicut ex alibi dictis tenentur pupillis tutores petere, ita, cum nouerint eosdem male, & fraudulentèr administrare, postquam dati sunt, tenentur eos remouere facere, vel, si eas nouerint malis, & perniciosis qualitatibus affectos, tenentur easdem qualitates depromere, & conari, ne dentur; secundum, quod postulatio suspecti extinguatur, si pendente lite mors eiusdem tutoris superueniat per textum *in §. si quis autem in verb. sed si suspecti Instit. de susp. tut.*, & ratio est, quia huiusmodi actio aduersus tutorem suspectum est, vt à tutela remoueatur; frustra autem agitur de eo remouendo, cum iam mors ipsum remouerit.

68 Aliqui tenentur tutores suspectos appellare, & quinam.

PRÆNOTIO XXII.

De pluribus tutoribus simul datis.

SVMMARIVM.

Possunt plures tutores testamento dari. 1.
Etiam in codicillis possunt plures tutores conscribi. 2.
Si vnus datus fuerit in testamento, alter in codicillo cum reuocatione primi secundus tantum tenet. 3.
Si vnus datus fuerit in testamento, & in codicillo alter distinctus à primo sine mentione primi, vterque est æqualiter tutor. 4.
Si duo dati fuerint in testamento, & deinde in codicillo vnus tantum ex illis repetitus, alter intelligitur tacitè reuocatus. 5.
Plures possunt esse simul tutores legitimi eiusdem, seu eorundem pupillorum, si sint pares in gradu. 6.

Pos-

Possunt respectu eorundem pupillorum esse simul testamentarij, & datiui, non tamen regulariter testamentarij, & legitimi. 7.
Possunt simul esse respectu eorundem pupillorum tutores testamentarij, & datiui, non tamen regulariter testamentarij, & legitimi. 8.
Tutores datiui possunt vni administrationem committere, vel simul gerere. 9.
Vnicuique eorum competit ius ad diuisionem. 10.
Si diuisio facta fuerit, vel à testatore, vel à Iudice, quilibet tenetur tantum pro sua parte. 11.
Si facta fuerit per ipsos tutores, tunc quilibet potest in solidum conueniri. 12.
Quando plures constituti sunt tutores, nec facta est diuisio, omnes in solidum possunt interponere auctoritatem ad conualidandos actus. 13.
In discordia inter tutores controuersia dirimenda est per Iudicem. 14.
Si testator disposuerit, quod omnes debeant administrare simul, & regere tutelam, siue hoc praestiterit per verba negatiua, siue per affirmatiua, requiritur omnium auctoritas. 14.
Si testator disposuerit, vt omnes simul regant, adeout vnus nequeat sine alio, & alter eorum decesserit viuente Patre, qui potuerit de alio disponere, & non disposuerit; tunc superstites poterunt valide gerere. 15.
Si verò decesserit mortuo Patre, tunc omnes cessant, & locus datur legitimo. 16.
Si Pater plures constituerit sine clausula restringente, tunc quousque vnus ex illis existit, non aperitur via legitimo. 17.
Tutores plures simul dati in ordine ad pupillos omnes obligantur in solidum. 18.
Si facta fuerit diuisio administrationis, vel per testatorem, vel per Iudicem, non possunt conueniri, nisi pro rata administrationis. 19.
Si vero facta fuerit diuisio per ipsos tutores tunc omnes possunt conueniri in solidum. 20.
Ratio, cur possint conueniri in solidum, quando diuisio facta est per ipsos tutores, non autem, quando facta est, vel per testatorem, vel Iudicem. 21.
Tenentur etiam in solidum, quando diuisio facta est per testatorem, vel Iudicem, si per dolum alium suspectum remoueri non fecerunt. 22.
Item, quando distulerunt alterum accusare de suspicione, qui interim factus sit non soluendo. 23.
Item, quando accusauerunt de suspicione, sed colluserunt accipiendo pecuniam, & patiendo se superari. 24.
Si non facta diuisione vnus tantum administrarit, ille primo conueniendus est, qui administrauit, posteà alij. 25.
Si vnus administrauit in maiori quantitate, & alter in modico, hic potest conueniri pro toto. 26.
Excipe, nisi ille, qui administrauit solus, administrarit de aliorum mandato. 27.
Etiam tacito, non tamen ex simplici permissione. 28.
Excipe item quoad non gesta, seu neglecta. 29.
Intellige, si non gesta, non fuerint cohaerentia, seu connexa cum gestis. 30.
Excipe item, si ille, qui gessit, non erat idoneus, seu non soluendo, nam tunc caeteri non gaudent beneficio ordinis. 31.
Excipe item, si illi, qui non gesserunt, fuerunt in communi, vel proprio dolo. 32.
Extantibus simul tutoribus testamentarijs, & datiuis, qui omnes administrarint, primo loco conueniendi sunt datiui, secundo Iudex, qui eos dedit. 35.
Si omnes administrauerint in solidum, tunc secundum aliquos conueniendi sunt primo datiui. 36.
Secundum alios in solidum aequè primo. 37.
Si testamentarij malè administrauerint, & non datiui, & viceuersa, tunc primo conueniendi sunt, qui malè administrarunt nulla habita ratione, an fuerint testamentarij, vel datiui. 38.
An, & quomodo competat beneficium diuisionis. 39.
Competit hoc beneficium diuisionis pluribus tutoribus, quando vel omnes administrarunt, vel nullus. 40.
Hoc beneficium diuisionis, potest etiam proponi finita tutela, modo probetur, quod in termino eiusdem tutelae omnes essent soluendo. 41.
Potest etiam proponi in executione sententiae, si aliquis fuerit condemnatus. 42.
Etiam, antequam conueniantur, potest hoc beneficium proponi. 43.
Competit hoc beneficium omnibus, siue fuerint testamentarij, siue legitimi, siue datiui. 44.
Competit, quantumuis per eosdem tutores facta fuerit diuisio administrationis. 45.
Si tutores fuerit diuersi fori vbicunque conueniantur, possunt excipere de beneficio diuisionis. 46.
Si omnes fuerint dolosi administratores, secundum aliquos non habent beneficium diuisionis. 47.
Secundum alios habent. 48.
Siue dolus fuerit in committendo, siue in omittendo. 49.
Si vnus ex tutoribus tantum dolosè deliquerit in administratione, ipsi non competit beneficium diuisionis. 50.
Si dolosus non sit soluendo, alij non dolosi gaudent hoc beneficio diuisionis. 51.

Si omnes gesserint, & omnes fuerint dolosi omnes gaudent hoc beneficio. 52.
Si omnes fuerint dolosi, sed vnus tantum gesserit, omnes etiam gaudens. 53.
Si aliqui ex tutoribus fuerint in dolo, & alij in culpa non dolosa, dolosis non competit beneficium diuisionis aduersus non dolosos, quamuis culpabiles. 54.
Sententia asserens, fideiussoribus tutorum hoc beneficium non competere. 55.
Sententia asserens etiam fideiussoribus competere. 56.
Praefertur prima sententia. 57.
Hoc priuilegium tutoribus non competit, si ipsi specialitèr, & expressè renuntiarunt. 58.
An ingenerali renuntiatione veniat renuntiatio huius beneficij, contentio inter DD. 59.
Non competit etiam hoc beneficium, quando tutores iurarunt adimplere omnia onera. 60.
Tutori soluenti pro alijs, qui non sunt soluendo, competit beneficium cedendarum. 61.
Hoc beneficium non denegatur ex eo, quod quis conueniatur ex culpa communi, benè tamen, si ex communi dolo. 62.
Si conueniatur ex culpa propria hoc beneficium non competit. 63.
Explicatur, in quo sensu sumendum sit dictum Bartoli, quo asserit, conuento pro culpa communi non faciendam esse cessionem pro toto, sed tantum pro parte. 64.
Hoc beneficium cessionis iurium potest opponi etiam in executione sententiae. 65.
Sententia asserens, hanc cessionem non habere locum post solutionem factam, nisi praecesserit pactum de illa ponenda. 66.
Hoc pactum implicitè inuoluitur in ipsa solutione. 67.
Si pupillus cum vno transegit, an caeteros liberauerit. 68.
Si transegit cum illo, qui primo loco tenebatur in solidum, non potest posteà alios conuenire. 69.
Intellige, si ille, cum quo transegit, erat idoneus, & soluendo. 70.
Facta transactione cum illo, qui primo loco tenebatur, si reliqui tenebantur solum in subsidium ad modum fideiussorum, ad nihil tenentur versus eum, cum quo facta fuit transactio. 71.
Si caeteri tenebantur ex se, vel in solidum, vel pro parte, & in transactione facta fuerit cessio iurium, ille, qui conuentus transegit, potest agere aduersus alios ad consequendum ad ratam singulorum id, quod pro illis persoluit. 72.
Explicatur, an caeteri possint conueniri ab eo, cum quo facta fuit transactio ad ratam totius crediti, an verò tantum ad ratam eius, quod transigens persoluit. 73.
Si pupillus factus maior conuenerit vnum ex tutoribus solummodo pro parte, ad quam ipse tenetur, & pro illa transegerit, illa transactio alijs non proderit. 74.
Facta conuentione cum vno pro parte eidem contingente non potest alios conuenire pro toto. 75.
Competit etiam tutori conuento, & extusso pro toto beneficium vtilium actionum. 76.
Ad quid, quando, & quomodo inseruiant hae actiones vtiles. 77.
Quae dicta sunt de pluribus tutoribus obligatis in solidum, intelligenda sunt, quamuis non essent legitimè constituti. 78.
Si vnus ex his tutoribus illegitimis administrauerit finita tutela, caeteri quoad illam administrationem nullo modo tenentur. 79.
Si tutores conuenti negauerint, se esse tutores, non gaudent beneficio ordinis, diuisionis, cedendarum, & vtilium actionum. 80.

HIC titulus potest examinari, vel in ordine ad plures tutores testamentarios, vel in ordine ad plures legitimos, vel in ordine ad plures datiuos comparando eosdem, vel inter se, vel adinuicem, inquirendo primo, an plures simul, & in solidum possint constitui, & posteà quomodo obligentur, & quomodo possint administrare &c.

1 Et primo comparando testamentarios inter se, indubitati iuris videtur, quod possint simul plures in testamento conscribi, quod colligitur ex pluribus textibus, & primo ex l. si plures curatores in princip. ff. de administ. tut. Ibi Si plures curatores dati sunt, quod Glosa ibid. explicat etiam de pluribus tutoribus datis testamento, vel à Patre, vel ab Auo, quod clarius habetur in ead. l. si plures §. si nouerit, vbi tutores plures à testatore constituti possunt vel ex eis administrationem committere, vel omnes simul gerere. Secundo ex l. si quis sub conditione ff. de testam. tut. Planè si duo, vel plures fuerint tutores testamentarij &c. prout explicat Balthassar Thomasinus tract. t. de tut. & curat. tit. 14. c. 1. num. 1. & 2., & latè supponunt ferè omnes DD., dum inquirunt, an tutores plures possint omnes administrare, quae inquisitio esset superflua, si tutores plures non possent simul constitui. Nec solum in testamento possunt plures tutores conscribi, sed etiam in codicillis, vt supponit idem Thomasinus loc. cit. num. 5. & 6.

Possunt plures tutores testamento dari.

2 Sed quid, si vnus datus sit testamento, alter codicillis, an tunc erit vterque aequalitèr tutor? Non est difficultas, quod, si conditio testamento vnum constituerit, & posteà in codicillo alterum cum expressa reuocatione primi, non sit vter-

Etiam in codicillis possunt plures tutores conscribi.

vterque æquaiitèr tutor, eum ftante reuocatione primus nullum ius habeat, prout notat *Albericus de ftat.lib.1. q. 19. num.6., & lib.4.q.73.n.5.* Sed difficultas tantum eft, an, fi in conftitutione fecundi in codicillis teftator nibil dixerit de primo, intelligatur tunc vterque æqualiter tutor? Tunc *Socinus conf.283.n.4.lib.2.* duplicem cafum quodamodo diftinguit, vel enim in teftamento vnus folúmodo eft datus tutor, & deinde in codicillis alter diftinctus à primo, vel in teftamento dati funt duo tutores, & deinde in codicillis vnus ex illis eft repetitus, & non alter. Iuxta primum fenfum afferit, vtrumque effe æqualiter tutorem, & quidem rectè, & pro hoc militat textus *in l.2.C.de teftam.tut.*, cum fecundus datus in codicillis intelligendus fit, vt adiunctus primo, non ad reuocationem eiufdem. Iuxta fecundum fentit, & quidem congruè, non effe æqualiter tutores, fed per nouam dationem vnius ex illis in codicillis intelligi alterum reuocatum. Duplici ratione ad hoc mouetur; & primo, quia, cum vnum ex duobus datis in teftamento approbauerit in codicillo, & non alterum, intelligitur hunc alterum tacitè reprobaffe *arg. textus in l. tribunus §.fin. & ibi Baldus ff.de mil. teft.& in l.cum prætor ff. de iudic.* Secundo, quia inanis effet illa datio vnius in codicillo, fi voluiffet & alterum datum in teftamento effe fimul tutorem.

3 Si vnus datus fuerit in teftamēto, & alter in codicillo cum reuocatione primi fecundus tantum tenet.

4 Si vnus datus fuerit in teftamēto, & alter in codicillo fine mentione primi, vterque intelligitur tutor.

5 Si duo dati fuerint in teftamento, & deinde in codicillo vnus tantum ex illis fit repetitus, alter intelligitur reuocatus.

Secundo comparando legitimos inter fe fentiendum eft, plures poffe fimul effe tutores eiufdem, feu plurium pupillorum, quod contingeret in cafu, quo plures effet in eodem gradu eum pupillo, feu pupillis, ad quos fpectaret fucceffio *Caius lib.2.rer.quotidian. in l.fi plures ff.de legit. tut., Corneus conf.274.num.1. lib.3., & plenius conf.101.nu.1. & 2.eod. lib.3., Plotus in tract.de in lit.iur.§.9.num.10.& 11.;* & hoc ex pluribus textibus euincitur, primo ex *d.l.fi plures ff.de legitim.tut.* Ibi- *Si plures fint agnati, proximior tutelā nancifcitur, & fi eodem gradu plures fint, omnes tutelā nancifcuntur.* Secundo ex textu *in l. legitima tut. ff.eod.tit.* Ibi in rub. *Si plures fint patroni omnibus tutela defertur.* Tertio ex textu *in §.cum autem Inftit. de cap.dimin.* Ibi *Quod, fi plures eiufdem gradus fint, ad omnes pertinet.* Quinimmo *Iuftinianus in nouel.118.* fublata differentia iuris agnatitij, & cognatitij admittit omnes, qui fint in gradu æquales.

6 Plures poffunt effe fimul tutores legitimi, fi fint pares in gradu.

Tertio comparando datiuos inter fe certum eft etiam, poffe plures fimul conftitui, quod non folum verificatur in cafu, quem nonnulli approbant, quo fcilicet inter pupillos alij effent Ecclefiaftici, alij laici; in quo cafu afferunt, quod congruum effet, quod ab vtroque Iudice plures conftituerentur; fed etiam fimpliciter ab eodem Iudice, prout notant *Mōtanus de tut.& cur.c.32.reg 9.n.26, Balthaßar Thomaf.tract.1.tit.25.r.1.n.16.*, quod poteft effe, quando Iudex iudicauerit ad vtilitatem pupilli, feu pupillorum plures dari expedire. Hoc exprefsè colligi videtur ex textu *in l. decreto §. fi duobus ff.de adminift.tut.*, vbi fupponitur, quod nō folū à teftatore, & a lege poffint fimul plures tutores conftitui, fed etiam à Iudice Ibi- *Si duobus fimul tutela gerenda, vel à parente, vel à contutoribus, vel à magiftratibus.* Hoc potiffimum contingeret, vel quando patrimonium pupilli, adeo pingue effet, vt vnius diligentia non fufficeret, vel ita diffufum, vt omnibus fupereffe nequeat; Neque arbitrandum eft, in hoc cafu, vel ampli patrimonij, vel diffufi, quod omnes non fint tutores in folidum, fed finguli pro rata; Non, inquam, arbitrandum, quia *Bartolus in l.inter tutores ff.de adminift. tut.* dicit, quod ius tutelæ eft indiuiduum, & in folidum apud quemlibet, & *Glofa in eadem l.inter tutores* dicit, quod, quamuis inter eofdem tutores facta effet diuifio, quia tamen hæc diuifio non eft iuris, quilibet remaneat in folidum tutor omnium rerum pupillarium.

7 Etiam plures datiui poffunt fimul tutores conftitui.

Comparando tandem tutores teftamentarios, legitimos, & datiuos adinuicem dicendum eft, refpectu eiufdem pupilli, feu eorundem pupillorum poffe fimul effe teftamentarios, & datiuos, non vero regulariter faltem loquendo teftamentarios, & legitimos. Hoc potiffimum contingeret in cafu, quo per teftatorem plures fuerit dati tutores; fi etenim vnus ex ijs defierit, poteft pro eodem alius dari à Iudice, non enim poteft fuccedere legitimus, vt exprefsè habetur *in l.fi quis fub conditione in verbo planè, fi duo, plurefque fuerint ff. de teftam. tut.* Ibi- *Planè fi duo plurefque fuerint tutores teftamentarij, in locum eius, qui deceffit, vel in ciuitate effe defijt, poterit dari alius;* nec in hoc cafu aperitur via legitimo quoties ex teftamentarijs aliquis fupereft Ibi *Cæterum, fi nullus fuperfit*, ergo à contrario fenfu, fi aliquis fuperfit ex teftamentarijs, non erit locus ipfi legitimo.

8 Poffunt fimul effe refpectu eorundē pupillorum tutores teftamentarij, & datiui, non tamē regulariter teftamentarij, & legitimi.

His iam fic explicatis quoad conftitutionem plurium tutorum, fiue a teftatore, fiue à lege, fiue à Iudice defcendimus ad inueftiganda eorum iura, fiue actiua, fiue paffiua.

Et primo loquendo de actiuis certum eft eos, vel poffe vni ex eis adminiftrationem tutelæ committere, vel omnes fimul ge-

gerere, vel diuidere, prout expressè habetur *in l. si plures curatores in §. si non erit ff. de administ. tut.*; nec quoad diuisionem obstant ea, quæ ex Bartolo supra dicebantur, nempe ius tutelæ esse indiuiduũ, & existens apud omnes in solidum; Non obstat, inquam, quia aliud est loqui de tutela, aliud de administratione eiusdem; prima diuidi non potest secundum eundem Bartolum, & alios, benè tamen secunda. *Riminaldus cons. 192. num. 38., Purpuratus in l. 1. num. 22. C. de transact., Magonius decis. luc. 1. num. 15., Balthassar Thomasius tract. 8. de tut. & curat. tit. 19. c. 34. nu. 4095.*

9 Tutores plures dari possunt, vel vni ex eis administrationem committere, vel omnes simul gerere.

Sed, cum dixerimus tutores plures, vel omnis simul posse gerere tutelam, vel vni eorum committere administrationẽ, vel etiam diuidere, oritur hic difficultas, an cuilibet ipsorum competat ius etiam alijs renuentibus ad talem diuisionem? Affirmatiuam sententiam sustinere videtur *Magonius decis. Flor. 74. per totum, Osnotinus in §. sed si ex testament. Instit. de satisdat. tut. vel curat. num. 10. apud Marcum Antonium Sabellium in summa diuers. tract. in verb. tutor nu. 52. verb. quod vnus tutor*, quod etiam firmatiue videntur *Riminaldus cons. 292. num. 62., Berons q. 67. num. 7.* ex ratione superius adducta, quod dato etiam, quod tutela esset indiuidua, administratio tamen sit diuidua *Purpuratus in l. 1. num. 22. C. de transact.*, & licet in præiudicium pupilli non videantur eam posse diuidere, possunt tamen diuidere in præiudicium proprium *Magonius decis. luc. 1. num. 15.*, & hoc ne aliorum gestis teneantur.

10 Vnicuiq; ex tutoribus cõpetit ius ad diuisionem.

Hæc autem diuisio, vel fieri potuit ab ipso testatore, vel potest à Iudice fieri, vel ab ipsis contutoribus; Si facta fuerit vel a testatore, vel a Iudice quilibet tutor tenetur tantum pro parte administrationis, nec vnus pro facto alterius conuenitur per textum *in l. si duo ff. de administ. tut. & in l. 2. C. de diuid. tut., Fulgosius cons. 78. num. 1., Iason in l. periculum n. 7. ff. si cert. per.* Si facta fuerit per ipsos contutores, tunc omnes possunt in solidum conueniri *Montanus de tut. & curat. c. 39. num. 105.*, quod probat per textum *in l. 2. C. de diuid. tut. & l. 1. §. nunc tractemus ff. de tut. & rat. distrah.*, & ratio deducitur ex superius dictis, quia, licet ipsi tutores possint administrationem diuidere in præiudicium proprium, non possunt tamen in præiudicium pupillorum.

11 Si à testatore, vel à Iudice facta fuerit diuisio vnusquisque tenetur tantum pro sua parte.

12 Si facta fuerit per ipsos tutores, tũc quilibet potest conueniri in solidũ.

Rursus, quando plures tutores constituti sunt, nec facta est diuisio administrationis, omnes in solidum possunt in negotijs gerendis interponere auctoritatem ad conualidandos actus, adeout vnius auctoritas sufficiat *Bartolus in l. 2. §. si plures oppos. 2. vers. aut est administratio principalis de exercit. in rem. act.*, quia in officijs publicis auctoritate, & vtilitate priuatis, cuiusmodi sunt tutores, & curatores vnusquisque habet auctoritatem in solidum *l. Lucius Titius curator 47. §. 1. & l. tutores 40. §. curatores ff. de administ. tut., Decius cons. 296. num. 1. in fine.* Sed quid erit in hoc casu agendum in discordia inter eosdem tutores, quorum alter approbat gerendũ, alter reprobat, si orta fuerit? Tunc arbitror per Iudicem dirimendam esse controuersiam, qui omnibus pensatis illius auctoritatem interponendam esse approbet, cuius iudiciũ vtilitati pupilli magis expedire iudicauerit.

13 Vnusquisque potest auctoritatem in solidũ interponere.

14 In discordia inter tutores Iudex determinet.

Quid autem sentiendum sit, si testator constituendo plures tutores filijs suis pupillis dixerit, quod omnes simol debeant administrare, & regere tutelam, ita vt non possit vnus sine alio? Tunc aliqui distinguunt, vel etenim testator per verba negatiua, vel per affirmatiua æquiualentia negatiuis disposuit, quod vnus sine alio nil facere possit; & tunc dicunt, omnium auctoritatem simul interponendam esse, ita vt vnius non sufficiat; vel disposuit, vt omnes simul possint, & debeant administrare per verba simpliciter affirmatiua, vt si dixerit, quod concorditer gerere possint, & debeant coniunctim, seu omnes simul, & tunc *Rota Romana penes Burutum decis. 348. nu. 389. & in recent. part. 2. decis. 762., & part. 9. recent. decis. 171. num. 10.* asserit, quod, cum illæ clausulæ affirmatiuæ sint tantum facultatiuæ, & non præceptiuæ, non adimant auctoritatem, quam habent tutores in solidum. Sed contrarium acriter defendit *Altogradus cons. 10. per totum lib. 2.* volens, in vtroque casu requiri omnium auctoritatem, quia, cum testator apposuerit illas clausulas tanquam pro forma administrandi, & tanquam conditionem præferentes, verbum illud *possint* inducit necessitatem, atque ita asserit iudicatum fuisse Florentiæ anno 1652., quod verius crediderim, præcipue, si apposita fuerit illa conditio *debeant*.

15 Si testator disposuerit, quod omnes simul debeant regere tunc omnium requiritur auctoritas.

Sed quid sentiendum sit, si testator constituens filijs suis impuberibus plures tutores dixerit, quod omnes simul administrent, ita, vt vnus sine alio non valeat, qua facta constitutione vnus ex illis decesserit, an tunc alij superstites, poterunt administrare? Tunc cum distinctione procedendum est; vel etenim ille prædecessit viuente adhuc testatore, non ignorante eius prædecessum, & valente consulere; vel decessit eodem testatore

iam

15 Si testator disposuerit, vt omnes simul debeant regere, nec vnus sine alio, & alius eorum defecerit viuente patre, & potente disponere, nec disponente superstites possunt validè agere.

iam mortuo, seu non valente de alio disponere. Iuxta primum sensum videtur asserendum, alios superstites posse administrare, quia ex quo testator nouit eius prædecessum, &, cum non disposuerit de alio, cum potuisset disponere, videtur superstitum fidem approbasse, & idoneitatem etiam sine illo, qui prædecessit, & satis consultum esse pupillis per superstitum existentiam, & curam. Iuxta secundum sensum dicendum est, quod vno deficiente tutela extinguatur quoad alios omnes, & sic aperiatur locus legitimo tutori *Baldus cons. 308 n. 1 lib. 2., Angelus in §. quod autem n. 2. Instit. de legit. agnat. succes., Montanus de tut., & curat. c. 16. nu. 22., Altogradus cons. 100. per tot. lib. 2.*, quod, si supponas, quod testator solummodo constituerit plures tutores, nec apposuerit clausulas restringentes, vt vnus sine alio non possit gerere; tunc dicam, quod, quousque permanserit vnus ex electis per testatorem, non aperiatur locus legitimo, per textum *in l. si quis sub conditione in fin. ff. de testam. tut.*, quandoquidem in superstite residet totũ ius tutelæ; verumtamen est, quod, si attenta qualitate administrationis, & conditione tutoris, qui solus remansit ex pluribus datis in testamento, non videretur sufficientèr consultum pupillo, tunc per Iudicẽ essent alius, vel alij subrogãdi iuxta indigentiam per ea, quæ supra commendauimus, & docent *Gratianus discept. for. c. 830 n. 28., Socinus Sen. cons. 193. lib. 2., Francus decis. 214., Cabal. cons. decis. 216. nu. 6. lib. 1.*

16 Si vero decesserit mortuo patre tũc omnes cessant, & datur locus legitimo.

17 Si testator plures dederit sine clausula restringente, quousq; vnus existit, non aperitur locus legitimo.

Loquendo iam de iuribus passiuis tutorum plurium simul constitutorum certum est, quod regularitèr omnes quoad pupillos obligantur insolidum *Gratianus discept. for. c. 86., & in c. 194. per totum, Montanus de tut., & curat. c. 39. n. 93., & seqq., Oinotimus in §. sed, si ex testam. per tot. instit. de satisdat. tut., vel curat., Balthassar Thomasius de tut., & curat. tit. 14. c. 1. per totum, Paulus Christinus decis. 155. nu. 3., & seqq. vol. 3.* hocque habetur per textum *in l. 1. §. nunc tractemus ff. de tut., & rat. distrah.* hocque inductum videtur ob maiorem pupillorum vtilitatem, & cautelam; vndè etiã in præcedentibus dicebamus, quod diuisio per ipsos tutores fieri non possit in præiuditium pupillorum, ex quibus sequitur, quod omnes in solidum possint conueniri, cum omnium in solidum sit obligatio.

18 Tutores plures simul dati in ordine ad pupillos omnes obligantur in solidum.

Sed quid dicendum erit quoad huiusmodi conuentionem, si facta fuerit diuisio administrationis? Tunc videndum erit, an talis diuisio facta fuerit, vel à Testatore, vel à Iudice, vel ab ipsis contutoribus? Si à testatore, vel à Iudice, tunc non possunt conueniri, nisi pro rata administrationis, nec vnus pro facto alterius conuenitur *Fulgosius cons. 78. n. 1., Iason. in l. periculum n. 7. ff. si cert. pet.*, per ea, quę supra cõmendauimus, & pro hoc facere videtur textus *in l. si duo ff. de administ. tut., & in l. 2. C. de diuid. tut.*, vbi signantèr tota hæc materia continetur. Si verò per ipsos tutores facta est diuisio administrationis, possunt omnes indifferentèr conueniri; prout expressè habetur *in d. l. 2. C. de diuid. tut.* Ibi- *Si autem ipsi inter se res administrationis diuiserunt, non prohibetur adolescens vnum ex his insolidum conuenire, ita vt actiones, quas aduersus alios habet, ad electum transferat*. Si autem inquiratur ratio, ob quam, si diuisio facta fuerit vel à Iudice, vel à testatore, non possit quilibet conueniri in solidũ, sed solummodò pro rata; si verò facta fuerit per ipsos contutores inter se, possit quilibet eorum insolidum conueniri? Dicam hoc prouenire, quia testator potest rebus suis quamcunque legem voluerit constituere, adeoq; etiam tutelam diuidere, ita, vt quilibet non teneatur, nisi pro parte sibi assignata, & sicuti potest tutores eximere ab onere conficiendi inuentarium, & reddendi rationes, non video, cur non possit etiam obligare tantum pro parte cuilibet assignata, & eximere ab onere cuiuscunque alterius partis, quam non administrat; quod idem dicendum est in casu diuisionis factæ per Iudicem, quia factum Iudicis, & testatoris æquiparatur, per textum *in l. non est mirum ff. de pignor. act., Alexander in l. filius familias §. diui ff. de legat. 1.*, quod non militat in diuisione facta per ipsos tutores, cum ipsi teneantur stare legibus, & dispositionibus, nec possint pro libertate onus assumptum, ipsisq; impositum diminuere. Quod, si ipsi diuisionem fecerint, ipsis prodest in ordine ad se ipsos dumtaxat, non autem in ordine ad pupillos.

19 Si facta fuerit diuisio administrationis vel per testatorem, vel per Iudicem, non possunt conueniri, nisi pro rata.

20 Si facta fuerit diuisio per ipsos tutores, tunc omnes possunt conueniri in solidum.

21 Ratio cur possint conueniri in solidum, quando diuisio facta est per ipsos tutores, non quãdo per testatorẽ, vel Iudicem.

Ab hac tamen regula, quod scilicet vnus non teneatur pro altero, sed tantũ pro sua rata administrationis, quando diuisio facta fuit, vel per testatorem, vel per Iudicem, tres casus excipiuntur *in d. l. 2. C. de diuid. tut.*, & primo, quando per dolum alium suspectum remouere non fecerint. Ibi- *Nisi per dolum, aut culpam suspectum, nec remouerunt*. Secundo, quando distulit alterum accusare de suspicione, & interim ille factus est non soluendo. Ibi- *Vel tardæ suspicionis rationem mouerunt, cum alter eorum non soluendo factus sit*. Tertio, si accusauerit quidem alte-

22 Tenentur etiam in solidum, quando diuisio facta est per testatorem, si alium suspectum remouere non fecerunt.

alterum de ſuſpicione, ſed colluſerit

23

Item quando diſtulerunt alterum accuſare de ſuſpicione, qui interim factus ſit non ſoluendo.

propter aliquam pecuniæ quantitatem indè receptam patiendo ſe ſuperari. Ibi- *Vel ſuſpicionis cauſam agendo ſua ſponte iura pupilli prodiderunt*. Alium caſum adduntGloſa in d. l. 2. in verb. prodiderunt C.de diuid.tut., Montanus de tut., & curat. c. 39. n. 170.* quando ſcilicet vnus non inſtruxerit alterum ſuper ea, quod alter neſciat ad ſuam geſtionem pertinere, prout habetur *in Titium §. tutores ff. de adminiſt.tut.*, ibi dicitur, quod ad tutorem, apud quem inſtrumenta ad adminiſtrationem alterius pertinentia reperiuntur, pertineat alteri notum facere, ſecus tenebitur.

24

Item, ſi accuſauerunt, ſed accepta pecunia colluſerunt accuſationem.

Quid autem ſentiendum ſit, ſi vnus tantum ex tutoribus datis adminiſtrauerit tutelam, an ipſe tantum erit conueniendus, an verò æquè omnes poſſint conueniri? Suppono, quod non facta

25

Si non facta diuiſione vnus tantum adminiſtrauit ille primo conueniendus eſt.

fuerit diuiſio per teſtatorem, vel per Iudicem, quia, cum tunc vnuſquiſque adminiſtrare teneatur pro ſua parte, non poſſunt alij conueniri inſolidum. Deindè dico, quod, quando non eſt facta talis diuiſio adminiſtrationis per Iudicem, vel per teſtatorem, ſed vel non facta ſimpliciter, vel facta ſolummodò per ipſos tutores, quamuis omnes inſolidum poſſint conueniri, non tamen æquè primò, ſed primò conueniendus ſit ille, qui geſſit, & adminiſtrauit, poſteà alij, qui non geſſerunt in ſubſidium *Bartolus in l. 1. C. de tranſact., & ibi Baldus nu. 3., qui n. 12.* aſſerit id introductum eſſe æquitate naturali *Angelus Aretin. in §. actionum n. 58. inſtit. de tut., Gratianus diſcept. for. c. 86. num. 41., Montanus de tut., & curat. c. 39. n. 179., Balthaſſar Thomaſius tract. de tut., & curat. tit. 14. c. 1. num. 73., Paulus Chriſtinus deciſ. Belg. 180. vol. 1., Rota Roman. part. 11. recent. deciſ. 69. num. 5.* Hoc

Iura pro hac reſolutione.

multis iuribus videtur euinci, & primò *ex l. tutores, qui poſt 40. §. in cum ff. de adminiſt. tut.*, Secundò, *ex l. 2. C. ſi tutor non geſ. l. fin. C. de diuid. tut., & l. cum interdicta §. 1. C. de arbit. tut.*, & congrua quidem ratione hoc fuit decretum;

26

Si vnus ex tutoribus adminiſtrauit in maiori quantitate, & alter in modico, hic æquè primo poteſt conueniri pro toto.

æquum quippè videtur, vt ille ſpecialius obligetur, qui habuit ſpecialiorem diſpoſitionem in rebus, quas geſsit, & ſicuti ille in illis ſpecialiter verſatus eſt, ità ſpecialiter debet pro illis obligari.

Dixi, *ſi vnus tantum ex tutoribus datis adminiſtrauerit*. Quid verò ſentiendum ſit, ſi alter etiam adminiſtrauerit, ſed modicum? An iſte etiam æquè primo poterit conueniri? An pro eò modico, ſolummodò, quod geſſit, an verò etiam pro toto, & pro eo, quod alter in maiori parte adminiſtrauit? Rota *Romana parte 11. recentiorum decis. 69. num. 6., & ſeqq.* apud *Marcum Antonium Sabellium in ſumma diuerſ. tract. in verb. tutor n. 52. in verb., quod licet Tutores*, ſentit, quod in hoc caſu, quo alter etiam adminiſtrauit, ſed in modico, æquè primò poſſit conueniri, & non ſolum pro ea parte modica, quam adminiſtrauit, ſed etiam pro toto adminiſtrato ab alio contutore, adeout non poſsit opponere beneficium ordinis, & excuſſionis, quod videtur poſſe probari, per textum *in l. cum interdicta C. arbit. tut.* Ibi- *Vel ſi pariter adminiſtraſſe doceantur, etiam aduerſus vnum liberam experiundi arbitrium competere*. Vbi cum ſola adminiſtrationis ratio conſideretur, non quantitas adminiſtrata inducitur ius aduerſus omnes adminiſtratores cuiuſcunque quantitatis fuerint. In hoc tu cogita. Sed inuenio *Rotam Romanam coram Griptio in vna Rom. tut. de maſſo 8. Iunij* 1587. aſſerentem, quod tutor agens aliquid etiam minimum poſſit conueniri inſolidum ex adminiſtratione contutorum, per textum *in l. ita autem §. geſſiſſe ff. de adminiſt. tut., & l. 2. in principio C. eod. tit.*; quamobrem huic opinioni adhærendum exiſtimo.

Ab his tamen, quæ dicta ſunt de conuentione primo loco aduerſus eum, qui geſſit, multi caſus ſunt excipiendi; &

27

Excipe, niſi ille, qui ſolus adminiſtrauit, adminiſtrauerit de mandato aliorum.

primo, quando geſsit de mandato aliorum contutorum *Boerius deciſ. 59. nu. 6. in princip., Salicetus in l. 1. C. de tranſact., Montanus de tut., & curat. c. 39. nu. 193., Corneus conſ. 323. num. 2. col. 3. verſ., & hoc, Rota Romana part. 1. recent. decis. 740. n. 4., Balthaſsar Tomaſius tract. de tut., & curat. tit. 14. c. 1. nu. 75.*, & ratio inde videtur deduci, quia, cum vnus ex mandato aliorum geſſerit, tunc ex mandato cæteri geſſiſſe videntur *Bartolus in l. 1. n. 4. C. de tranſact.*, & quoad hoc non requiritur,

28

Etiam tacito, non tamen ex ſimplici permiſſione.

quod alter geſſerit ex aliorum mandato expreſſo, ſed ſufficit, quod geſſerit ex tacito, non tamen ex ſimplici permiſſione *Montanus loc. cit.*, per textum *in l. qui patitur ff. mandati*; Neque dicendum eſt, quod, cum omnes fuerint conſtituti inſolidum ad adminiſtrandum eo ipſo, quod permiſerint alij collegam, & contutorem adminiſtrare, videantur ei mandaſſe adminiſtrationem, ſicque non habere locum ea, quæ dicuntur de mandato tacito, & de permiſsione; Non, inquam, dicendum eſt, quia ex ſola permiſsione non arguitur mandatum implicitum, vnde alleganti mandatum incumbit onus illud probandi.

Secundo excipitur in ordine ad non geſta, ſeu neglecta, quæ ſunt ſeparata à rebus geſtis; tunc etenim gerens quoad

illa

29 illa non est primo loco conueniendus, nec alij habent beneficium ordinis, & excusionis aduersus ipsum *Ioseph Ludouis. decis. Peres 4., Paulus Christinus decis. 156. n.9. vol.3., Paulus Montanus d.c.39.n.200., & seqq., Fulgosius cons. 178., Aretinus cons.29. nu.4.* hocque expresse colligitur *ex l.2.C. si tutor non gesserit*. Ibi- *Si qua vero sunt, quæ cum geri debuerint, omissa sunt, latæ culpæ ratio omnes æqualiter tenet;*

Excipe item quo ad non gesta, seu neglecta.

30 vndè meritò subdit *Montanus d. nu.200.*, quod in tali casu magis de beneficio diuisionis, quam ordinis quærendum sit. Ex aduerso conijcitur, quod, si fuerint non gesta, seu neglecta ea, quæ cum gestis cohærentia, seu connexa sunt, non sic eximendus gestor, quin primo loco conueniatue, & cæteri, qui non gesserunt, possint vti beneficio ordinis, & excussionis, per textum *in l. tutorem, qui tutelam, & l. tres tutores vers. item in eo ff. de administ. tut.*, & docent *Aretinus cons.29. vers.59.n.6., Montanus de tut., & curat. c.39. num.183., Balthassar Tomasius tract.1. de tut., & curat. tit.14.c.1. num.74.*, & ratio est, quia, cum sint connexa cum gestis, imputantur culpæ eius, qui gessit, quia, cum gesserit vnum, cum quo aliud est connexum, debebat & hoc gerere. Si autem inquiras, quænam dicantur ad hunc effectum connexa? Consule *Menochium de arbit. Iud. lib. 2. cent. 1. cas. 95.*

Intellige, si non gesta non fuerint cohærentia, seu connexa cum gestis,

31 Tertio excipitur, quando ille, qui gessit, non erat idoneus, seu non soluendo; tunc etenim, qui non gesserunt, non gaudent beneficio ordinis, & excusionis *Montanus de tut., & curat. d.c.39 num. 195., Barbatius cons.92. nu. 7., & 8. lib.3., Corneus cons. 323. num.2. col.3. vers. & hoc nisi lib.1., Aretin. cons.29. n. 11., & seqq.* Clarè videtur deduci ex textu *in d. l.2. C. si tutor non gess.* Ibi- *Qui se non immiscuerunt tutelæ, vel curæ ex persona eorum, qui gesserunt, & idonei sunt, non onerantur,* ergo è contrario sensu, si, illi, qui gesserunt, non sunt idonei, onerabuntur; atque huius dispositionis duplex potest esse ratio, primo, quia, quando ille, qui gessit, non est idoneus, datur regressus, & actio contra gestorem idoneum, qui obligatur in subsidium, ergo tutore gerente non existente idoneo idoneus immediatè obligabitur, nec poterit opponere exceptionem beneficij ordinis, & excusionis. Secundo, quia idonei debebant opponere exceptionem inidoneitatis eius, qui gessit, ergo ex defectu talis exceptionis tanquam culpabiles, & dolosi carebunt illo beneficio ordinis, & excusionis argumento eorum, quæ infra dicentur, dum de dolo, & culpa contutorum.

Excipe item, si ille, qui gessit, nō erat idoneus, seu non soluendo.

Rationes & iura pro hac dispositione.

32 Quarto excipitur, quando illi, qui non gesserunt, versantur in communi, vel proprio dolo; tunc etenim non gaudent beneficio ordinis, & excusionis *Boerius decis.59.n.3., Eugenius cons.19.nu.58., Surdus cons. 170.n.31., Gutierez de tut., & curat. parc.1.c.15.n.12., Galganetus de tut., & curat. q.25.n.9.*, quia tunc ex proprio delicto in totum merentur pœnam, cum non nisi in solidum delinqui possit, hocque videtur colligi *ex l. si plures 2. ff. de administ. tut.*, & *ex l. 1. §. nunc tractemus ff. de tut., & rat. distrab.* Quod, si dixeris, quod, quando versantur in communi dolo etiam cum eo, qui gessit tutelam, & administrationem eiusdem, videantur non excludendi à tali beneficio ordinis, & excussionis, quandoquidem ille, qui gessit ratione doli est in æquali conditione cum cæteris quid non gesserunt, qua ratione cum illis parificatur, & vlterius habet aliam rationem, nempè gestionis, in qua non parificatur, adeoque ratione istius videtur primò, & principalitèr conueniendus; proptèr hanc rationem *Purpuratus in l.1.n.59. 60., & 66. C. de transact., Boerius decis.59.n.2., & 3., Corneus d. cons.353.n.2.* dixerunt, quod, si omnes tutores conueniantur ex dolo communi omnes gaudeant beneficio excussionis, & ordinis, secus, si vnus conueniatur ex dolo proprio; Si, inquam, hoc dixeris; statim impugnaberis, quia præfati DD. non loquuntur in casu, quo dolus est communis gestori, & non gestoribus, sed in casu, quo omnes tutores administrauerint, vel nullus administrauerit, in quo casu, cum sint pares, omnes gaudent beneficio, hic autem loquimur in casu, quo vnux administrauerit, & non alij, & tamen omnes sint in dolo; nam, si non gerentes non essent in dolo, vtique possent contra gerentem opponere beneficium ordinis, & excussionis; ex quo tamen, & ipsi sunt in dolo de illo beneficio non possunt gaudere, quia dolus, in quo versati fuerunt, eodem beneficio illos priuat, cum non possit dolo delinqui, nisi in totum, vt supra asserebam; nec obstat, quod ille, qui gessit, vltra dolum habeat etiam prærogatiuam gestionis; non obstat, inquam, quia existente dolo in omnibus iura non considerant illam gestionem, vt videre est in ijs, qui, quamuis non gesserint, non accusauerunt gerentem minus idoneum, & suspectum, in quo casu, sicuti ob dolum præsumptum priuantur illo beneficio, ita non video, cur ob dolum verum, & realem, in quo communicant cum ipso gerente non

Excipe item, si illi, qui non gesserint, fuerint in communi, vel proprio dolo.

Soluũtur rationes cõtrariæ.

sint priuandi.

Quid verò sentiendum sit, si fuerint simul plures tutores pro eisdem pupillis, quorum alij fuerint testamentarij, alij datiui, an omnes æquè primò obligantur, & æquè primo posint conueniri? Si omnes administrauerint, primo loco tenentur datiui de mala administratione pro parte, quam administrarunt, & postea Iudex, qui eos dedit, nec deuenitur ad testamentarios, nisi prius fuerint excussi datiui, & eorũ fideiussores. In hoc consentiunt *Bartolus in l. 1. n. 4. C. de transact., & ibi Alexander n. 3., Padilla n. 6., Gutierez de tut., & curat. p. 1. c. 15. nu. 7.* Deducitur ex textu *in l. Lucius Titius la secunda §. cum testamento ff. de adminiſt. tut.*, vbi expresè continetur hæc nostra opinio.

35 Si fuerint simul tutores testamétarij, & datiui, & omnes administrauerint primo loco conueniẽdi sunt datiui, deinde Iudex, qui eos dedit.

Sed quid dicendum erit, si tam datiuus, quàm testamentarius administrauerint, non pro partibus, sed in solidum? Tunc *Balthassar Thomasius tract. 1. de tut., & curat. tit. 15. c. 1. nu. 23.* existimat, prius conueniendum esse datiuum, postea autem Magistratum, qui eum dedit, antequam deueniatur ad testamentarium, & pro hac sua opinione allegat textum *in d. l. Lucius Titius 2. §. cum testamento*. Sed immeritò, quandoquidem ille textus dicit solummodo pro parte datiuum conueniendum esse, ac perindè habendos esse singulos, *ac si testamento in partes dimidias tutores dati essent*.

36 Si omnes administrauerint in solidum, non pro parte, tũc secundũ aliquos conueniẽdi sunt primo datiui.

Sed quid, si soli testamentarij administrauerint, vel solus datiuus, & quid, si soli testamentarij malè, & dolose administrauerint, & non datiuus, vel solus datiuus malè, & iniquè, & non testamentarij? Arbitror in vniuersum, illos primo loco conueniendos esse, qui administrarunt, vel malè administrarunt, & dolosè comparatiue ad eos, qui non administrarunt, vel non male nulla habita consideratione, quod fuerint testamentarij, vel datiui, & hoc quia *in d. l. Lucius Titius 2. §. cum testamento* (quod aduersarij pro se allegant, sed incongruè) pariformitèr proceditur in ordine ad testamentarios, & datiuos cum hac sola differentia, quod, si datiui primo loco in aliquibus casibus obligantur, & non sint idonei, antequam conueniantur testamentarij, debeat conueniri Magistratus, qui illos dedit; sed modo hoc ius conueniendi Magistratum pro datiuis, qui illos dedit, recessit ab aula, & non seruatur, vt testatur *Aretin. cons. 29. sub nu. 9. vers. præterea consuetudo, Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 15 num. 27. in fin.*

37 Secundũ alios omnes in solidum.

38 Si testamentarij malè administrauerint, & non datiui, vel viceuersa primo conueniẽdi sunt, qui malè administrarunt.

Quid tandem sentiendum sit, si omnes tam datiui, quam testamentarij tutelam administrauerint, sed aliqui puta testamentarij cum dolo, alij nempè datiui sine dolo, sed cum aliqua culpa, vel è contra? Æquitas postulare videretur, quod prius dolosi essent conueniendi, & excutiendi, nam quorum maius est delictum, maior & pæna esse debet. Sed in hoc inter se discrepant DD., de quare nos infra vberius.

Hactenus ea attigimus, ex quibus tutoribus potest, vel non potest competere beneficium ordinis, & excussionis. Nunc autem examinandum assumimus beneficium diuisionis, quod competit, quando non est locus beneficio ordinis, & exactionis, non tamen semper, vt infra videbimus. Hoc beneficium diuisionis inductum est, vt obligatio inter omnes tutores, qui soluendo reperti sunt, diuidatur; hoc beneficium deduci potest, vel per modum exceptionis, vel per Iudicis officium, per textum *in l. 1. §. nunc tractemus ff. de tut., & rat. distrah., Padilla in l. 1. nu. 17. C. de transact., & ibi Iason nu. 7., Purpuratus n. 54., & seqq., Montanus de tut., & curat. c. 39. n. 149., Gutierez prima part. c. 15. n. 16.*

39 An, & quomodo competat beneficium diuisionis.

Competit potissimum hoc beneficium tutoribus, quando vel omnes administrarunt, vel nullus administrauit, prout notat *Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 15. n. 16.*, quod probat per textum *in l. 1. § si pupillus vers. nunc tractemus ff. de tut., & rat. distrah.*, vbi dicitur, quod hoc sit introductum ad similitudinem fideiussorum, qui licet plures intercesserint, & sint insolidum obligati, diuiditur tamen inter eos obligatio, per textum *in §. si plures Instit. de fideiusſ., & in l. fin. C. de constit. pecun.*, nam, si aliquis solus gesserit, ipse primò est conueniendus, per ea, quæ supra probauimus.

40 Competit beneficium diuisionis tutoribus, quando vel omnes administrarũt, vel nullus.

Hoc beneficium diuisionis potest etiã proponi finita tutela, dummodo probetur, quod in termino eiusdem tutelæ omnes fuerint soluendo *Balthassar Thomasius de tut. & curat. tit. 15. c. 3. num. 41., Montanus de tut. & curat. c. 39. num. 152., Galganetus de tut. lib. 3. q. 25. num. 10.*; hoc que probat *Montanus loc. cit. per textum in l. ex persona C. de probat.* Quod, si antecedenter ad terminum eiusdem tutelæ aliqui facti fuerint impotentes ad soluendum, & alij idonei remouere non fecerint, tunc non habent beneficium diuisionis, sed in solidum tenentur soluere per ea, quæ supra diximus.

41 Hoc beneficium potest proponi etiam finita tutela, modo probetur in termino eiusdẽ omnes fuisse soluendo.

Nec solum finita tutela hoc beneficium diuisionis ad effectum supra enunciatum potest proponi, sed etiam in executione sententiæ, si quis per eam fuerit condemnatus per ea, quæ docent DD.

com-

communiter scribentes in l. Paulus ff. de re iud., Boerius decis.59.num.9., Montanus de tur.& curat.d.c.39.num.154., Riccius collect. decis.2393.; non enim per talem sententiam sublatum est condemnato beneficium, quod habet, nam licet teneatur in solidum, & secundum hoc fuerit iudicatum, habet tamen exceptionem talis diuisionis, quæ non supponitur sublata per talem sententiam.

42 Etiam in executione sententiæ, si aliquis fuerit condemnatus.

Nec solum finita tutela, & in executione sententiæ, sed etiam antequam conueniatur potest opponi, seu proponi hoc beneficium diuisionis *Fulgosius cons.135., Montanus de tut. & curat. c.39. num.158., Bartolus, & Alexander in l.1. ff. si cert. pet.*, hoc etenim beneficium videtur natum cum ipsa tutelæ susceptione facta per plures, qui, sicuti omnes obligantur in solidum in ordine ad pupillos, ita ad inuicem immediatè sortiuntur hanc exceptionem, ne vnus alterius obligationem debeat exequi.

43 Etiam antequã conueniatur potest hoc beneficium proponi.

Competit secundo hæc exceptio diuisionis in casibus, in quibus competere potest, tutoribus indefinitè, eisdem siue fuerint testamentarij, siue legitimi, siue datiui nulla inter eos cognita differentia *Boerius d.decis.59.nu.3., Montanus de tut.& curat. d.c.39.nu.159.*, quod probat per textum *in l. si plures 2. ff. de administ. tut.*, qui tamen textus hoc non videtur euincere, vt legenti patet. Hoc tamen, quod de hac exceptione dicitur, arbitror verum esse, quia videtur quoad omnes militare eadem ratio; sicuti enim omnes æquè obligantur, ita omnes debent gaudere eodem beneficio, seu exceptione.

44 Competit omnibus, siue testamentarijs, siue legitimis, siue datiuis nulla inter eos cognita differentia.

Competit tertio, quantumuis per eosdemmet tutores facta fuerit diuisio administrationis, in quo casu, sicuti diximus supra, quod omnes non obstante eadem obligantur in solidum, ita non est, cur omnes non debeant gaudere hoc priuilegio. *Baldus in d.l.1.col. 2. q.2. C. de transact.& ibi Purpuratus n.63., Balthassar Thomasius de tut.& curat. tit.15.c.3.n.46., Montanus d.c.39.n.156.* Hoc idem intelligendum est, quantumuis non facta fuerit per ipsos tutores diuisio, nec omnes gesserint, quoad non gesta, quæ non sunt gestis annexa; quoad hæc etenim sic non gesta omnes gaudent hoc beneficio, cum in ordine ad illa omnes sint pares per ea, quæ supra probauimus, & in hoc consentiunt *Fulgosius cons.178., Aretin.cons.29.num.4., Boerius decis.59.nu. 6. & 7.*

45 Etiam si inter eosdem tutores facta esset diuisio administrationis

Neque hic audiendos nonnullos arbitror apud *Thomasium d.tit.15.c.3.n.58.*, qui asserunt, quod, quando facta est diuisio per ipsos tutores, hoc beneficium diuisionis eisdem non competat, quod probant per textum *in l.2. C. de diuid.tut.* Non, inquam, audiendos arbitror, quia nec textus allegatus hoc euincit, sed solum dicit, quod, quando diuisio facta est per ipsos, adolescens possit vnum in solidum conuenire, quod non negatur à nobis, sed hic sic conuentus poterit excipere de tali priuilegio, quod non negatur à textu.

Soluuntur rationes contrariæ.

Sed quid sentiendum erit, si tutores sint diuersi fori, & inter se diuiserint administrationem? tunc *Bursatus in l.inter tutores 38.num.2. ad fin.ff. de administ.tut., Cancerius var. resol. tom. 1. c.7. num.44.* existimant, quod vnusquisque ex illis tutoribus per adolescentem possit conueniri in foro suæ administrationis, non autem ad effectum, vt existens in suo foro possit trahi extra forum suæ administrationis. Sed quidquid sit de hoc difficultas præsens solum versatur in eo, an vnus conuentus vbicunque conueniatur possit opponere beneficium diuisionis, quod etiam in hoc casu non ausim negare, quia diuersitas fori non tollit beneficium, quod habent ipsi tutores *Salicetus in d.l.cunctos populos C.de sum. Trinit.*

46 Si plures fuerint tutores diuersi fori, vbicũq; quis conueniatur potest excipere de beneficio diuisionis.

Nec obesse potest id, quod dicitur *in d.l.2.C.de diuid.tut.* nempe *in eodem loco, seu prouincia*, quasi, quod dispositio non habeat locum, si diuisio respiciat tutores existentes in diuerso loco, & prouincia. Non, inquam, obesse potest, quia textus ibi facit mentionem solummodo de diuisione modum facta in eodem loco, seu prouincia, quia, quando tutela est in eodem loco, seu de bonis existentibus in eadem prouincia non supponitur diuisio, sed probanda est facta per Iudicem, vel per testatorem ad hoc, vt tutores eximantur ab onere solidi (ibi etenim erat sermo solummodo per inquisitionem, an vnusquisque posset in solidum conueniri, & dicitur, quod sic, quando non est facta diuisio) Non facit autem mentionem de diuisione siue facta, siue non facta, quando tutores, & bona sunt in diuersa prouincia, quia in ordine ad diuersa territoria, in quibus bona, & tutores existunt, censetur ipso iure facta *Beroius cons.155.n.31.lib.2., Papiensis in forma libelli, quo agit ad redden. rat.tut.glos.debitam nu.4., Balthassar Thomasius de tut. & curat.tit.15.c.1.num.58.*, vbi alios plurimos allegat.

Soluitur instantia opposita.

Dubij iuris solummodo videtur, an hoc beneficium diuisionis competat etiã, quando tutores ex dolo conueniuntur? In ordine ad beneficium ordinis, & excussionis quoad huiusmodi dolosos administratores, seu tutores definiuimus

in præcedentibus, sed, an ea possint applicari quoad hoc beneficium diuisionis, id est, quod modo assumimus examinandum. Pro quo aduerto, an dolus fuerit communis respectu omnium tutorum, an alicuius determinati? an omnes gesserint vel nullus? an verò aliqui illorum solummodo? an licet omnes non fuerint in dolo, fuerint tamen in aliqua culpa? Si omnes fuerint dolosi administratores; tunc *Azon.* apud *Balthasarem*

47 Si omnes fuerint dolosi ad ministratores, secundū aliquos non habent beneficium diuisionis

Thomasium de tut. & curat. tit. 15. c. 3. nu. 42., Roncbegallia in l. 6. nu. 221. ff. de duob. reis, Montanus de tut. & curat. d. c. 39. nu. 164. arbitrantur, non esse locum beneficio diuisionis, quia nonnisi in solidum delinqui potest. Contrarium magis communiter alij sentiunt, & signanter *Glosa in l. 1. in verb. tertium C. de transact. & ibi Baldus col. 2. q. 4., Fulgosius nu. 2., Alexander n. 2., Iason n. 9., Boerius decis. 59. nu. 3., Gutierez de tut. & curat. c. 15. nu. 20., Surdus conf. 170. n. 30.*, cum etenim omnes in eadem naui, & æquali conditione reperiantur, ex communi dolo eorum priuilegium non debet intelligi elisum, & sicuti, quando sunt in æquali priuilegio priuilegium vnius alteri non præiudicat, cum adinuicem conquassentur, ita quando sunt in æquali dolo, dolus vnius non potest prodesse, nec obesse alteri, quia adinuicem tolluntur quoad hunc effectum; atque hanc secundam opinionem adeo veram existimat *Gutierez de tut. & curat. d. c. 15. in fin.*, vt asserat verificari, siue dolus fuerit in committendo, siue in omittendo, quidquid ex aduerso dixerit Alexander *in d. l. 1. n. 4. C. de transact.* volens, quod, si dolus fit commissus in faciendo non sit locus beneficio diuisionis, secus, si fuerit in omittendo.

48 Secundū alios habent.

49 Siue dolus communis fuerit in committendo, siue in omittendo.

Plurima argumenta congeruntur pro prima opinione Azonis volentis non esse locum diuisioni, si omnes tutores fuerint in dolo; & primum deducitur *ex l. in magistratus ff. de magist. conuent.* vbi dicitur, quod, si plures magistratus dolo prouiderunt de tutore aduersus eosdem magistratus detur actio in solidum sine beneficio diuisionis, quod etiam verificandum videtur in ordine ad tutores dolosè administrantes, cum currat eadem ratio, & tam magistratus, quam tutores eadem actione conueniantur. Secundum deducitur *ex l. 1. §. plane ff. de tut., & rat. distrah.*, vbi tutoribus in dolo communi versantibus non datur beneficium vtilis actionis, adeoque nec dandum videtur beneficium diuisionis. Tertium deducitur *ex l. ex facto ff. de neg. gest.*, vbi non conceditur actio negotiorum gestorum, vbi quis fraudem commiserit,

Solutio contrariorum argumētorum remissiuè.

seu conscius fuerit fraudis ibi, *si non sit conscius fraudis*, adeoque nec hoc beneficium. Quartum, quia beneficium ordinis non datur pro dolosè neglectis, & dolosè gestis, ergo, nec beneficium diuisionis. Hæc argumenta proponit *Gutierez d. c. 15. à nu. 19. vsq; ad 25.*, vbi etiam omnia ex professo dissoluit, ad quem pro solutione vos remitto, cum ibi diligenter sint examinata, & solidè discussa, vnde non vacat ea transcribere.

Si aliquis ex tutoribus in particulari dolosè processerit in huiusmodi administratione, certè eidem non competit hoc beneficium diuisionis *Bartolus in d. l. 1. num. 6. C. de transact., & ibi Curtius Sen. num. 12. Iunior num. 17., Purpuratus num. 59., Padilla num. 21., Marcus Antonius Eugenius conf. 19. num. 60.*; dolus etenim non potest eidem patrocinari, nec in hoc casu valet ratio de dolo communi, qui ad inuicem quoad hunc effectum conquassatur. Quod, si supponas, quod, qui dolosè egit, non sit soluendo, in quo casu actio dirigenda est aduersus alios, & quæras, an isti adinuicem gaudeant hac exceptione diuisionis? Affirmatiuè respondendum est, nam in hoc militat ratio, quæ militat in pluribus, siue simul gerentibus, siue non gerentibus sine dolo; nam quoad hunc effectum ille impotens quantumuis dolosus non est computandus.

50 Si vnus tantum dolosè deliquerit, ipsi non competit beneficium diuisionis

51 Si dolosus non sit soluendo, alij non dolosi gaudent hoc beneficio

Si omnes gesserint, & omnes fuerint dolosi omnes gaudent hoc beneficio diuisionis, & in hoc consentiunt omnes supra allegati pro casu, quo omnes fuerint dolosi, quamuis ibi non facta fuerit mentio, quod omnes gesserint, & rationes ibi adductæ militant etiam in hoc casu; Si verò omnes fuerint dolosi, & vnus dumtaxat gesserit, cum diximus in præcedentibus, quod in hoc casu cæteri non gaudeant priuilegio ordinis, & excussionis aduersus ipsum, cum ratione doli omnes constituantur æquales; nec concurrente dolo in omnibus iura considerent illam vnius gestionem, ideo reiecta illa inæqualitate non considerabili dicendum videtur, quod omnes gaudeant beneficio diuisionis, vbi etenim sunt æquales, non dissimili priuilegio debent gaudere. Exciperem tamen in casu, quo ille, qui gessit dolosè, res pupillares in rem suam conuertisset, quia tunc ratione rerum apud dolosum gestorem existentium specialis ratio aduersus ipsum militat; nam, sicuti ex ijs, quæ docent communiter Theologi, in ordine restitutionis primo loco tenetur, qui res ablatas retinet, quia res semper clamat pro domino, ita qui res pupillares in suis substantiam

52 Si omnes gesserint, & omnes fuerint dolosi, omnes gaudent beneficio diuisionis

53 Si omnes fuerint dolosi, & vnus tantum gesserit omnes gaudent.

con-

conuertit,tenetur primo loco ad easdem restituendas.

Si tandem aliqui ex tutoribus fuerint in dolo,& alij in aliqua culpa, sed non dolosa,id est, quod supra excitauimus, dum de beneficio ordinis, & excussionis, & non resoluimus, sed huic loco resoluendum reseruauimus. Proquo aduerto id, quod communiter docent scribentes in materia cedendarum actionum quoad tutores, quod scilicet beneficium cessionis earundem competat etiam tutori conuento ex communi culpa, vel culpa

54 Si aliqui ex tutoribus fuerint dolosi, & alij non dolosi,sed culpabiles, beneficium diuisionis non competit dolosis.

alterius, prout signantèr *Gutierez de tut. & curat.c.15.n.29.,Galganetus de tut.lib.3.q.25 num.11., Balthassar Thomasius de tut. & curat.d.tit.15.c.4.n.64., Montanus d.c.39.num.131.*,quod probant per textum *in l.1.§.nunc tractemus ff. de tut. & rat. distrab. & l.2.C.de contra. Iud. tut.*, non sic autem tutori conuento ex communi dolo per textum *in l.1.§.planè ff.de tut. & rat.distrab.,Bartolus in l.1.nu.8.C.de transact. & ibi Padilla num.21., Purpuratus nu.70.,Surdus cons.170.num.29., Gratianus discept.for.c 409.n.15.,Francus decis 662., Eugenius cons.19.nu.65.& seqq.,Galganetus de tut.lib.2.tit.20.nu.14., Gutierez d.c.15.num.29.,Montanus d.c.39.num.144.*, qui ferè omnes testantur de communi; Ex quibus omnibus apparet, non eodem modo procedendum esse quoad merè culposos,& dolosos in hac materia; vnde deduco, etiam quoad diuisionem hoc beneficium non competere doloso aduersus alios, qui tantum fuerint in aliqua culpa administrationis; adæquata etenim ratio, ob quam non adimitur priuilegium cessionis actionum culposo, seu conuento ex culpa communi, adimitur vero doloso, seu conuento ex communi dolo, illa est, quia dolus iuribus omnibus est exosus; culpa autem in pluribus venia digna est; hæc autem ratio æquè militat in priuilegio actionum cedendarum, ac in exceptione diuisionis, sicque concurrente in vno dolo, ac in alijs culpa dolosus aduersus istos non potest habere priuilegium diuisionis.

Dubij iuris secundo est,an fideiussores æquè ac tutores, pro quibus accesserunt, habeant hoc priuilegium diuisionis?

55 Sententia asserens, fideiussoribus tutorum hoc beneficium nō competere.

Prima sententia asserit,hoc beneficium fideiussoribus tutorum non competere *Molina de iust. disp.543.num.7., Mantica de tacit.& ambig.conuent.lib.16.tit.19.nu.5., quod probat per textum in l.vlt.ff.rem pupil.sal.for. & l.1.§.nunc tractemus ff. de tut. & rat. distrab. Glosa in §. si plures in verb.partes Instit. de fideius.* Secunda sententia absolutè asserit,hoc priuilegium etiam competere fideiussoribus hanc, quæ sustinent *Gutierez de tut. & curat. d. c.15.n.17.& 18., & alij*, qui probant per textum *in l.1.§. si pupillus in verb.nunc tractemus ff.de tut. & rat. distrab.* vbi dicitur,

56 Sententia asserens etiam fideiussoribus competere.

quod ipsis tutoribus conceditur hoc priuilegium diuisionis ad normam fideiussorum, ergo, si conceditur ad formam fideiussorum,sequitur, quod principaliter hoc priuilegium eisdem fideiussoribus competat. Quid iam in hac controuersia concludendum? Dico,hoc beneficium fideiussoribus, quod competit tutoribus, non competere, & sic adhæreo primæ opinioni communiori; & moueor potissimum *ex l.fin.ff.rem pup.sal.for.*,vbi hoc expressè decernitur; nec obstant tex-

57 Præfertur prima sententia.

tus in *d.l.1.§.si pupillus in verb.nunc tractemus ff.de tut.& rat.distrab.*, quia per illa verba, *exemplo fideiussorum* refertur ad fideiussores in genere, quibus regularitèr competit tale beneficium, non ad fideiussores tutorum, prout explicat *Glos. in d.§.si plures in verb. partes Instit.de fideius.*, cæteroqui daretur contrarietas in iuribus inter *hanc l.1.& d.l.fin.*

In plerisque tamen casibus hoc beneficium diuisionis tutoribus non competit; & primo, quando ijdem tutores, vel ex-

58 Hoc priuilegium tutoribus non competit, si ipsi expressè renuntiarunt.

pressè, vel tacitè per renuntiationem cuicunque priuilegio eidem cesserunt, prout de communi testantur *Tennit.caut.228.,Bellonus cons.44.nu.1., Molina de iust. & iur. disp.543.n.7., Crauetta cons.76.nu.31., Balthassar Thomasius de tut. & curat.d.tit.15.c.3.nu.52.* Sed plures impugnant hanc exceptionem, quando renuntiatio facta esset in genere, quia asserunt,hanc genericam renuntiationem omnibus beneficijs non comprehendere hoc beneficium diuisionis, sicut nec actionum cedendarum,vt specialitèr probat *Ioannes Gutierez de tut.& curat. d.c.15.num.30.*

59 An in generali renuntiatione veniat renuntiatio huius beneficij,altercatur inter DD.

cum Baldo in l.si diuisa C.locati, & Roman. cons.472.num.3.,& Hypol.in rub. ff.de fideius.num.20., Padilla in d.l.1.n.22. ad fin.ff. de transact. Sed, quod etiam in generali renuntiatione veniat hoc beneficium diuisionis, quinimmo etiam actionum cedendarum affirmarunt *Corneus cons.51. num.11.lib.2., Socinus cons.200.nu.3.lib.2. & cons.125.num.19.vers. & hanc lib.4., Rolandus cons.13.num.12.lib.1.& cons.17. num.15 lib.4., Neuizanus cons.91.num.20. Rota Romana decis.112.num.4.part.1.diuers., Martha claus.146.num.9.part.1.*; Qua in controuersia iudicium resolutionis tibi remitto.

Non competit secundo, quando in huiusmodi tutelis intercesit iuramentū adimplendi onera omnia; tunc etenim tale iuramentum esset adimplendum in forma specifica, nec posset suppleri per

æqui-

æquipollens, vt notauit *Montanus de tut. & curat. d.c.39.num.166., Baldus in l.1. C. quemadmod. testam., Borguinus Caualcanus de tut. num.17., Carosius de excus. part.2. q. 1. num. 28.*

60 Non competit etiã, quando tutores iurarunt omnia onera in solidum adimplere.

Præter beneficium diuisionis beneficium eedendarum actionum competit etiam tutori, qui pro cæteris etiam soluit, qui soluendo non sunt; tunc etenim ille, cui facta fuit per istum integra solutio, tenetur eidem soluenti suas actiones cedere, vt, si postea alij facti fuerint soluendo, possit ab istis solutum repetere, hocque receptum esse communiter tradunt *Ioannes Gutierez de tut. & curat. d. c. 15.num.28., Balthassar Thomasius d.tract. de tut. & curat. tit.15.c.4.n.58., Montanus de tut. d.c.39.nu.131., Galganetus de tut. lib.3. q.25.n.11., Gratianus discept. for. c.409. nu. 14.*; hocque videtur clarè deduci ex textu *in l.1. §.si pupillus in verb. nunc tractemus ff. de tut. & rat. distrah.*, & congrua quidem ratione hoc inductum est, cum maximè æquum sit, vt qui pro alijs soluit, cum essent impotentes ad soluẽdum, habeat saltem iura, si non ad repetendum actu, saltem in casu, quo facti fuerint potentes; Nec denegatur hoc beneficium ex eo, quod quis conueniatur ex culpa communi, benè tamen, si ex communi dolo, prout de communi testatur *Bartolus in d.l.1. C. de transact.*, & ibi *Curtius Iun. num.23., Padilla num.22., Ioannes Gutierez de tut. d.c.15.n.29.*, & deducitur ex ijs, quæ supra dicebamus de beneficio diuisionis, quidquid ex aduerso dixerit *Marcus Antonius Eugenius cons.19. num.65.*

61 Tutori soluenti pro alijs competit etiam beneficium cedendarum.

62 Hoc beneficium nõ denegatur ex eo, quod quis conueniatur ex culpa cõmuni, benè tamen ex communi dolo.

Dixi, *si ex communi culpa*, nam, si conueniatur ex culpa propria, hoc priuilegium ipsi non competeret, prout indubitatum asserit *Purpuratus in l.1. n.75. C. de transact.*, & ibi *Bartolus, Montanus de tut. & curat. d. c.39.num.147., Rota Romana part.1. recent. decis.716. in fin., Balthassar Thomasius de tut. & curat. tit.15.c.4. n.71.*

63 Si conueniatur ex culpa propria, hoc beneficiũ non competit.

Hic oritur difficultas, an sit ea admittenda, quæ asserit Bartolus, quod, si quis fuerit conuentus pro culpa communi, non concedatur ipsi cessio iurium pro toto, sed solummodo pro parte, quod docet *in l.1.n.8. ff. de transactionibus*, quem *Purpuratus ibi n. 76.* asserit omnes sequi. Verum aduertendum est, an hoc intelligatur, quatenus pro parte, quæ ad ipsum spectat, eidem cessio non sit facienda, sed tantum pro partibus, quæ alios contingunt, seu ad alios pertinent, & hoc verissimum est, quandoquidem, cum ipse teneatur pro parte, pro illa parte non habet ius ad cessionem; non enim potest ab alijs exigere, quod ipse debet; an vero intelligatur, quatenus in ordine ad id, quod alij debent, debeat solummodo fieri cessio pro parte, ita vt non possit consequi totum id, quod pro alijs soluit; & in hoc non percipio rationem; si etenim ipse fuit in culpa administrationis, etiam alij fuerunt in eadem culpa, vnde non est, cur alij, qui non soluerunt, & sunt æquè culposi, debeant ex solutione per ipsum facta consequi aliquod beneficium, ratione cuius non teneantur omnes ad suas congruas portionis, quas cæteroqui deberent soluere.

64 Explicatur, in quo sensu sumendũ sit dictũ Bartoli, quo asserit, quod conuento pro culpa communi non sit facienda cessio pro toto, sed tantũ pro parte.

Hoc beneficium cessionis iurium, seu actionum potest opponi etiam in executione sententiæ, qua aliquis ex tutoribus condemnatus esset ad soluendum solidum *Purpuratus in d.l.1. nu.68. C. de transact., Decius cons.99. nu.3., Montanus de tut., & curat d.c.39. num.131., & seqq.* Sed, an tollatur hoc beneficium post solutionem iam factam, in qua non facta fuerit talis cessio, adeout, si non fiat talis cessio in ipsa actuali solutione per vnum facta, non habeat amplius locum post talem solutionem? Docent plurimi, quod ex interuallo post solutionem factam non possit exigi, nec validè poni, nisi præcesserit pactum in tali cessione, vel positum fuerit in dicta solutione, vel immediatè post *Bartolus in l. Modestinus n.4. ff. de solut., Menochius de præsumpt. lib.3. præsumpt.143. n.4.* Monet tamen *Montanus de tut., & curat. d. c. 39. n.139.*, quod semper implicitè in tali solutione per vnum facta intelligatur implicitè tale pactum, quia simpliciter soluens intelligitur tacitè pacisci de omni alio iure suo reseruando, hoc est de iure cessionis, & sic semper inest tale pactum, cum sit de natura actus, per textum *in l. si vno in princip. ff. locati, & l. cum is ff. de fideiuss.*

65 Hoc beneficium cessionis iurium, potest opponi, etiã in executione sententiæ.

66 Sententia asserens hanc cessionem, non habere locum post solutionem factam, nisi præcesserit pactum.

67 Hoc pactum implicitè inuoluitur in ipsa solutione

Sed quid sentiendum erit, si cum vno ex tutoribus transegerit pupillus, vel ipsum liberauerit à debito ob malam administrationem contractum, an tunc posset alium, cum quo non transegit, quemq; non liberauit, conuenire? In hoc casu plura veniunt consideranda, & primo, an illum tutorem conuenerit pro toto, & pro toto cum illo transegerit non facto beneficio diuisionis, an verò pro parte conuenerit, dumtaxat pertinente ad eundem conuentum, & solũ pro eadem parte transegerit. Rursus secundum suppositionem, qua pro toto conuenerit, & etiam pro eodem transegerit, considerandum venit, an ille prius esset conueniendus, cum primo loco teneretur, an verò posset vel ipse, vel alius pro libertate conueniri, cum omnes æquè primo, essent obligati. Vlterius,

68 Si pupillus cum vno transegit, an cæteros liberauerit.

rius, an ille, cum quo facta est transactio tempore transactionis fuerit soluendo, & idoneus, nec ne? Quibus suppositis dico primo, quod, si conuenerit illum, qui primo loco conueniendus erat, & in solidum primo loco tenebatur, & cum eodem transegerit, non possit postea alios conuenire *Alexander in l. 1. C. de transact.*, *Montanus de tut., & curat. d. c. 39. n. 124.*, quod etiam in terminis non dissimilibus quoad hunc effectum docuerũt *Medina C. de reb. restituend. q. 8. dub. 3.*, *Sotus de iust. lib. 4. q. 7. art. 3. in fine*, *Lessius lib. 2. de iust., & iur. c. 13. dub. 8. nu. 57.*, *& nos etiam docuimus tom. 8. sub tit. de restitut. 2. pranot. 4. num. 8.*, dum etenim asserunt, quod, si creditor debitum condonet principaliori debitori, intelligãtur cæteri debitores minus principales deobligati, videntur etiam ex necessitate debere dicere, quod, si transegerit pro toto cum eo, qui in solidum, & primo loco tenebatur, reliqui censeantur facti immunes ab onere. Ratio autem ea est, quia illa transactio facta pro toto cum eo, qui principalitèr, & primo loco erat conueniendus, habet vim totalis solutionis, seu æquiualet solutioni, sed soluente principali debitore actu, cæteri remanent deobligati, ergo &c. Hoc tamen verum intelligitur, quando ille, qui primo erat conueniendus, & cum quo trãsegit, erat idoneus, & soluendo, nam, si talis non fuisset, cum cæteri tunc simplicitèr tenerentur, nam principali impotente via immediatè aperitur aduersus alios, certè alij non deobligantur, cum catenus eorum obligatio cesset, quatenus principalis est potens, & soluendo, vndè tunc non est præsumendũ, quod creditor cum illo transegerit pro toto remisso iure in ordine ad alios, sed solummodo ab eo acceperit, quod potuit accipere, reseruato sibi iure in ordine ad alios. Verum tamen est, prout notat *Montanus loc. cit.*, quod transigendo cum illo, nulla posita exceptione, seu reseruatione, videatur eius personam approbare, & eum habuisse pro idoneo, vt probat *Cinus in d. l. 1. C. de transact. arg. l. vis ab eo ff. de iur. dot.*

69 Si transegit cum illo, qui primo loco tenebatur in solidum, non potest postea alios cõuenire.

Rationes pro hoc asserto.

70 Intellige, si ille, cũ quo transegit, erat idoneus, & soluendo.

71 Facta transactione cũ illo, qui primo loco tenebatur, si reliqui tenebantur solũ in subsidium ad modum fideiussorum ad nihilum tenentur versus eũ, cum quo facta fuerit transactio.

Supposito iam, seu retento, quod ille, cum quo facta est transactio pro toto, fuerit idoneus, & soluendo, & quod cæteri ratione illius transactionis intelligantur deobligati in ordine ad pupillũ iam factum adultum, oritur hic difficultas, an ille, cum quo facta est transactio, habeat regressum aduersus alios debitores, & pro quanam quantitate? Videndum est, an in illa transactione facta fuerit transigenti, seu soluenti cessio iurium, & actionum, an verò non fuerit facta. Secundo, an alij teneantur solummodo in subsidium eo modo, quo pro principali tenentur fideiussores, an verò teneantur ex se ad illud debitum, vel in solidum, vel pro parte, quamuis ex aliqua ratione concurrẽte prius esset conueniendus ille, cum quo facta fuit transactio. Quibus præsupositis dicendum est primo, quod, si reliqui tenerentur solummodò in subsidium eo modo, quo fideiussores pro principali, tunc ille, cum quo facta fuit transactio, nullo modo habeat regressum aduersus alios, & ad hoc impertinentèr se habet, quod facta fuerit, vel non facta cessio iurium, seu actionum à creditore, quia soluto ab obligatione principali, siue per formalem solutionem, siue per æquiualentem, non solum extinguitur obligatio aliorum in ordine ad creditorem, sed etiam in ordine ad ipsum soluentem, seu transigentem, pro quo accesserunt ex generali regula fideiussorum. Dicendum secundo, quod, si cæteri sint obligari ex se, vel in solidum, vel pro parte, quamuis ille, cum quo facta fuit transactio, primo loco esset conueniendus, & facta fuerit cessio iurium, seu actionum illi, qui conuentus transegit, possit hic agere aduersus alios ad consequendam ad ratam singulorum, id, quod in tali transactione persoluit; sicuti enim omnes in tali transactione liberauit, ita aduersus omnes pro rata habet ius consequẽdi ab ipsis, quod pro ipsis persoluit, quinimmo quoad hoc aduersus alios regressum habet, quantumuis eidem non fuerit cessa actio, vt in similibus notat *Glosa in l. 1. in verbo tertium C. de transact.* Si verò quæratur, an habeat ius supposita illa cessione iurium sibi facta per creditorem, non solum ad illud pro rata, quod ipse soluit in tali transactione, sed etiam ad id, quod cęteri tenerentur soluere eidem creditori, si non facta fuisset illa transactio? Tunc considerandus est tenor illius cessionis, & transactionis; vel etenim illa transactio facta est comparatiuè ad totum creditum, quod pupillus factus adultus habebat aduersus omnes tutores ex causa administrationis, vel comparatiuè ad partem debitam ab ipso conuento, & transigente. Rursus, vel illa cessio intelligitur facta titulo oneroso tanquam pars pretij eiusdem transactionis, vel titulo gratuito tanquam actus meræ liberalitatis eiusdem creditoris. Si facta fuerit illa transactio pro toto credito pupilli, & titulo oneroso tanquam pars pretij eiusdem transactionis posita sit illa cessio, probabilius cre-

72 Si cæteri tenebantur ex se, & facta fuerit cessio iuriũ, cæteri possunt conueniri pro rata ad id, quod trãsigens pro illis persoluit.

73 Explicatur, an cæteri possint conueniri ab eo, cum quo facta fuit transactio ad ratam totius crediti, an vero tantum ad ratam eius, quod transigẽs persoluit.

crederem, cessionarium, cum quo facta fuit illa transactio, non posse exigere, nisi pro rata illud, quod ipse persoluit, & ratio est, quia tunc illa cessio, cum intelligatur facta titulo oneroso, intelligitur tantum correspondere pretio per transigentem soluto, adeoq; ex vi illius non videtur transigens habere ius, nisi ad illud pretium. Si facta fuerit solummodo pro parte crediti correspondente ipsi transigenti, tunc incongruè videtur facta illa cessio, cum transigens ius non habeat ad illam, nisi fieret ex titulo merè gratuito, quatenus pupillus factus adultus creditum, quod haberet aduersus alios tutores, donaret ex mera liberalitate ipsi transigenti, cui propterea ad illud consequendum cederet suas actiones. Regulariter tamen illa cessio non fit tutori transigenti cum priuilegio pupillo competente, prout colligunt communiter DD. *ex l. ex pluribus 43. ff. de adminiſt. tut., & l. si ager in fin. ff. de rei vendicat., Parisius conſ. 107. nu. 88. lib. 3., Menochius lib. 4. de præſumpt. præſumpt. 189. n. 150.*, quod in hac materia videtur indefinitè accipiendum.

Dico secundo, si conuenerit illum tutorem solummodo pro parte, ad quam

74 ipse tenetur, & pro illa parte transegerit, illam transactionem alijs non prodesse *Augustinus Barboſa in collect. Cod. tit. 4. de tranſact., Boerius deciſ. 59. nu. 8., Vrceolus de tranſact. q. 73. num. 26., & 27.* & expressè colligitur *ex l. 1. C. de tranſact.*; per hanc etenim transactionem liberatur quidem ille, qui transigit, remanentibus illæsis iuribus in ordine ad alios; vndè dicitur, quod transactio facta cum vno ex pluribus tutoribus obligatis ad alios non porrigitur, quamuis habeant ius connexum. Ad hæc confirmanda plurimum conferunt ea, quæ dicebamus *tom. 8. sub tit. de reſtitut. 2. prænot. 4. n. 8.*, quod, si scilicet creditor, vel læsus condonarit vni ex principalioribus, reliqui æquè principales non intelliguntur liberati ab onere soluendi, quod etiam prius firmauerat *Leſſius de iuſt., & iure lib. 2. c. 13. dub. 8. n. 59.*

Si pupillus factus maior conuenerit vnum ex tutoribus solum pro sua parte, & pro illa transegerit, illa transactio alijs non prodest.

Dico tertio, quod facta cum vno ex

75 pluribus tutoribus obligatis transactione pro parte ipsi contingente, non possit, alios contutores postea conuenire pro toto, quamuis essent omnes insolidū obligati; nō tollatur tamen, quin quemquam pro sua parte possit validè, & cum effectu conuenire. Quoad primam partem consentiunt *Curtius in l. 1. n. 7. C. de tranſact., & ibi Bartolus num. 9., Caſtrenſis n. 4., Alexander n. 7., Iuſt. rigl. ſing. 64. n. 44. lib. 3., Balthaſſar Thomaſius de tut., & curat. tit. 15. c. 4. nu. 68.*, & alij magis communiter. Quoad secundam omnes, qui docent, transactionem cum vno factam alijs non prodesse, nec illos liberare; & item *Bartolus, & Caſtrenſis in d. l. 1. C. de tranſact., Surdus conſ. 170. num. 15. verſ. 2. quando, Thomaſius loc. cit. num. 73.* Ratio primæ partis ex eo desumitur primo, quia creditor super illa parte, supra quam transegit, nullum amplius habet ius, cum per transactionem illud ius intelligatur extinctum, sicuti, si facta esset solutio, quandoquidem transactio æquiualet solutioni. Secundo, quia conuentus potest eludere conuenientem exceptione actionum cedendarū, quas, cū non possit cedere aduersus eū, quem per transactionem liberauit, vtique in sua actione potest elidi per talem exceptionem *Surdus d. conſ. 170. n. 16., Montanus de tut., & curat. c. 39. n. 131.* hocque videtur euinci per textum *in l. si pupillus 46. ff. de adminiſt. tut., Cancerius var. reſol. tom. 1. c. 7. n. 35., Antonius de Amato lib. 1. reſol. 37.* Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quia per transactionem cum vno ex tutoribus factam pro portione debiti ad ipsum pertinente, non intelligitur solutum debitum aliorum quoad ipsorum portionem, ergo non erit, quin pro eadem possint validè conueniri; nec poterit impediri talis conuentio per aliquam exceptionem cedendarum, quia, cum conueniantur solummodò pro portione ab ipsis debita, nullum ius habent ad talem cessionem.

Facta trāsactione cum vno pro parte eidem contingēte, non potest alios conuenire pro toto.

Rationes pro tali resolutione.

Vlterius præter beneficium cedendarum actionum competit, seu competere 76
potest alicui ex tutoribus, qui debitum soluit, beneficium vtilium actionum, & tunc potissimum, quando ipse fuit in solidum conuentus, & excussus, & eidem per pupillum non fuerunt cessæ actiones *Ioannes Gutierez de tut., & curat. c. 15. nu. 31., & seqq., Balthaſſar Thomaſius eod. tract. tit. 15. c. 15. nu. 76.* hocque expressè videtur colligi ex textu *in l. 1. §. nunc tractemus ff. de tut., & ration. diſtrah.* Hoc tamen habetur discrimen inter beneficium cessionis actionum, & beneficium actionum vtilium, quod habens primum beneficium habet exercitium directarum actionum, & potest directas actiones intendere nomine cedentis, per textum *in l. qui ſtipendia C. de procurat.*; habens vero secundum nō potest, nisi exercere actiones vtiles *Baldus in l. 1. col. 2. verſ. quæro quid operatur, & ibi Padilla n. 24. C. de tranſact., Papienſ. in form. libel. quo agit ad redd. rat. gloſ. debitam num. 3., Eugenius conſ. 19. nu. 66., Galganetus de tut. lib. 3. q. 25. nu. 12.* Circa hoc beneficium

Competit etiam tutori cōuento, & excusso pro toto beneficiū vtilium actionū.

dem-

demptis ijs, in quibus ex sua specifica ratione inter se differunt, & omnia, quæ dicta sunt de beneficio cedendarum actionum, seruata proportione intelligenda sunt de ipso, prout notat *Bartolus in d. l. 1., & ibi Padilla nu. 24. C. de transact.* De vtilitatibus, & effectibus huiusmodi actionum vtilium latè agit *Iason in d. l. 1. num. 8. C. de transact.* quem tu consule.

77 Ad quid, & quando, & quomodo prosint hæ actiones vtiles.

Ea, quæ in præcedentibus dicta sunt de obligatione plurium tutorum in solidum, sunt intelligenda quantumuis tutores non essent legitimè constituti, prout habetur *in l. tutores, & ibi Bartolus ff. de administ. tut., Aretinus cons. 29. col. 2. vers., & si dicatur sub nu. 3., Eugenius d. c. 19. num. 24.* ex eo etenim, quod tutelam susceperint, & administrauerint, non est, cur ex illa, non debeant obligari, quinimmò quodamodò fortior videtur eorum obligatio, ex eo, quod se intruserint in munere, quod eis non competebat.

78 Quæ dicta sunt de pluribus tutoribus obligatis in solidum intelligenda sunt, quamuis nō essent legitimè cōstituti.

Si tamen vnus ex his pluribus tutoribus illegitimis administrauerit finita tutela, cæteri quoad illam administrationem, nullo modo tenentur, prout notat *Paulus Montanus de tut., & curat. d. c. 39. n. 122.*, & ratio clara videtur, quia tunc non administrat formalitèr, vt tutor, sed vt priuatus *arg. textus in l. tutores C. de negot. gest.* hocque videtur expressè haberi *in l. Diuus ff. de administ. tut., & in l. 1., & 2. C. si tut. non gess.* Quod, si dixeris, quod hac ratione, nec obligarentur tutores legitimi, quando illegitimè constituti, hoc est inutilitèr dati in testamento, nec per Iudicem confirmati administrassent, quandoquidem, cum non fuerint legitimè dati, perindè est, ac si ex priuato administrarent; statim impugnaberis, quia, cum tunc pupilli indigeant tutela, & tunc ab alijs contutoribus admittantur ad administrationem, propriū munus exercent tutelæ, adeoque non est, cur alij, qui eos admittunt in contutores, simul non obligentur. In casu autem, de quo hic loquimur, finita scilicet tutela, cum eorum munus intelligatur absolutum, & terminatum, nec habent approbare, vel reprobare, nec admittere; nec excludere, adeoq; non est, cur administratio illa sit illis imputanda, seu illos obligare debeat.

79 Si vnus ex pluribus tutoribus administrauerit finita tutela cæteri quoad illam administrationem non tenētur.

Quamuis autem dixerimus, quod tutores, & curatores habeant prædicta beneficia ordinis, diuisionis, cedendarum, & vtilis actionis, hoc tamen aduertendum est, quod, si conuenti negauerint se esse tutores, vel curatores, non admittantur ad huiusmodi priuilegia, prout notant *Montanus de tut., & curat. d. c. 39. n. 202., Marcus Antonius Sabellius in summa diuersor. tract. in verb. tutor num. 55. in verb. licet autem tutores*, & ratio ex eo deducitur, quia non videtur congruum, vt quis gaudeat priuilegio illius muneris, quod negat se habere. Probant vlterius aliqui ex eo, quod textus *in l. 1. §. nunc tractemus ff. de tut., & rat. distrah.* comparet tutores fideiussoribus; fideiussor autem negans, se fideiussisse non gaudet priuilegijs à iure concessis fideiussoribus *l. si dubitetur §. item demum ff. de fideiuss.* Sed, an hęc ratio subsistat, videant alij; ea etenim lex *in d. §. nunc tractemus*, æquiparat solummodo tutores fideiussoribus in illo casu, de quo ibi loquitur textus, vndè non videtur æquiparatio extendenda ad alios casus; Neque hic audiendus videtur *Iason in l. 1. num. 11. C. de transact.*, dum testatur, iudicatum fuisse negantes se esse tutores, & curatores non ammittere huiusmodi beneficia; non, inquam, audiendus est, quia in hoc Iason communitèr ab alijs ferè omnibus reijcitur, cum indignus sit beneficio addicto muneri, qui tale munus exercuisse, absolutè negat; verum tamen est, quod, si mendacij conuincatur, tenebitur ad omnia onera eiusdem tutelæ, nam illa negatio subdit quidem pænis se subtrahentium iniquè à munere, non autem subtrahit ab oneribus, quæ sunt affixa tali muneri, si conuincatur fuisse in tali munere.

80 Si tutores conuenti negauerint se esse tutores, non gaudent beneficio ordinis diuisionis, cedēdarum, & vtiliū actionū.

Rationes pro hoc asserto.

Alia plura de tutoribus pluribus datis eidem, seu eisdem pupillis remanerent discutienda, sed quia de ijs passim occurret sermo in processu quæstionum, ideò in eisdem non immoramur.

PRÆNOTIO XXIII.

De Attiliano Tutore.

SVMMARIVM.

Quomodo antiquitus per Prætorem darentur tutores Attiliani. 1.

Quomodo, & quando nunc dentur huiusmodi tutores. 2.

Assignantur tres casus, in quibus dantur, seu dari possunt. 3.

Existente tutore testamentario, & non adita hæreditate datur Tutor Attilianus, qui adeat, qua addita succedit testamentarius. 4.

Sententia asserens tutorem Attilianum, quando adhuc hæreditas adita non est, dari solum ad adeundum, non administrandum. 5.

Constituendus est tutor, qui interim administrat, & postea adeat. 6.

Si tutor detur simul ad interim administrandum, & adeundum tenetur cauere. 7.
Secus, si detur solum ad adeundum. 8.

1 Quomodo antiquitus per Prætorem darentur huiusmodi tutores.

DEficientibus antiquitus testamentarijs, & legitimis tutoribus, ex lege Attilia in Vrbe per Prætorem cum maiori Tribunorum parte dabantur tutores, qui vi legis prædictæ dicebantur Attiliani, sicuti in Prouincijs per Præsides dabantur ex lege Iulia. Sed modo nullis existentibus testamentarijs, & legitimis per Iudices cum debita inquisitione constituuntur datiui, prout latè in præcedentibus docuimus, quod etiam habetur *in §. sed hoc iure vtimur, & §. seq. Instit. de Attil. tut.* Quamuis autem defecerint ab aula tutores Attiliani non existentibus testamentarijs, & legitimis;

2 Quomodo, & quando nunc dentur huiusmodi tutores.

non defecerunt tamen in aliquibus casibus, prout habetur *in §. sed & si in testamento, & §. sequentibus Instit. de Attil. Tut.*, & primo, quando quis est datus in testamento sub conditione, vel in diem; tunc etenim pendente conditione, aut die alius interim dari potest, qui quousque purificetur conditio, aut dies adueniat, tutelam administret, quam postea deponat adueniente conditione, vel die;

3 Assignantur tres casus, in quibus dantur, seu dari possunt.

Secundo in casu, quo quis purè in testamento datus fuerit, & nemo hæres existat; tunc etenim quandiu hæres non fuerit, potest alius dari, qui desinet existente postea hærede. Tertio, in casu, quo tutor captus esset ab hostibus; tunc etenim alius dandus est, qui administret, quiq; cesset reuerso primo tutore, cum hic iure postliminij reassumet tutelam, prout habetur *in §. ab hostibus Instit. de Attil. tut.*, & licet dicatur *in §. ex his legibus Instit. eod.* quod modo defecerint huiusmodi tutores *ex leg. Attil.* hoc intelligendum est non simpliciter, sed quatenus modo creari debeant cum cautione satisdationis, & cum compulsione administrationis: addito etiam, quod antiquitus in Vrbe non dabantur, nisi per Prætorem, & maiorem partem Tribunorum plebis, & in Prouincijs per Præsides, modo dantur per Iudices cum debita inquisitione, & compulsione ad assumendam administrationem.

Retento igitur nomine tutorum Attilianorum pro his tutoribus, qui dantur in tribus allegatis casibus, nempe pendente conditione, & die, vel non existente hærede, vel tutore captiuo, quousque purificetur conditio, vel dies adueniat, vel hæres existat, vel captiuus reuertatur, plura veniunt sub præsenti titulo consideranda; & primò, quomodo intelligendum sit id, quod dictum fuit, quod scilicet non existente hærede, & existente tutore testamentario, possit dari alius tutor, donec hæres existat? Dic hoc intelligendum esse hoc pacto, vt, si hæres in testamento scriptus adhuc non adierit hæreditatem, tunc tutor testamentarius non possit tutelam administrare, per textum *in l. nemo ff. de testam. tut.* cum tutor testamentarius non sit nó existente hærede, qui propterea tutor nec poterat adire hæreditatem, cum eius munus non incipiat, nisi post hæreditatem aditam; vndè iure inductum est, vt, quousq; hæreditas adeatur, per Iudicem constituatur tutor, qui interim administret, quique nomine pupillorum hæreditatem adeat, qua adita eius munus cesset *Montanus de tut., & curat. c. 10. n. 44. c. 13. n. 10., & c. 21. nu. 2., Omotimus Instit. de Attilian. tut., Caualerius decis. 107. per totum, Balthaßar Thomasius de tut., & curat. tit. 3. c. 1, n. 37.*

4 Existente tutore testamentario, & nó adita hæreditate pupilli, datur tutor Attilianus ad adeundú, & postea succedit testamentarius.

Mouet hic difficultatem *idem Thomasius loc. cit.*, an solummodo tutor Attilianus possit constitui ad adeundam hæreditatem, an verò etiam ad administrandum tutelam, antequam eadem hæreditas adeatur? Videtur sentire, dari solummodo posse ad hæreditatem adeundam per textum *in §. sed & si Instit. de Attil. tut.*, & allegat pro hoc *Aretinum in §. quod autem num. 2. Instit. de legit. tut. & in §. 2. Instit. qui testam. tut.* Sed, si quæratur, a quonam interim sit administranda tutela, cum testamentarius nequeat se ingerere? An alius tutor erit constituendus, qui interim administret, postea dandus Attilianus, qui adeat, cui postea post aditam hæreditatem succedat testamentarius? Huc nimis a longe deductum videtur; Ad quid etenim tot multiplicare tutores? Quamohrem dicerem, tunc vnum constituendum per Iudicem, qui administret, & postea adeat hæreditatem, quomodocunque postea ipsum appelles vel simpliciter datiuum, vel Attilianum.

5 Sententia asserens tutorem Attilianú posse esse solum ad adeundam hæreditaté non administrádam.

6 Constituendus est tutor, qui interim administret, & postea adeat.

Secundo considerandum venit, an huiusmodi tutor, siue dicatur Attilianus, siue simpliciter datiuus, qui datur ante aditam hæreditatem, teneatur ante susceptionem tutelæ satisdare rem pupilli saluam fore, & possit compelli ad eandem suscipiendam? Hic videndum est, an hæreditas immediatè sit adeunda, & propterea detur solummodo tutor ad hoc munus aditionis, an verò hæreditas non sit adeunda, nisi post interuallum temporis, & propterea detur etiam ad administrandú pro illo tempore? In vniuersum videtur, quod teneatur cauere rem pupillam saluam fore, &

posse

poſse ad hoc munus compelli, cum hoc videatur clarè deduci ex textu *in §. ſed his legibus Inſtit. de Attil.tut.*, vbi, cum dicatur, quod modo ex lege Attilia defierint tutores ex eo, quod in eadem lege non cauebatur de ſatiſdatione, vel cautione tutoris, per conſequens videtur dicendum, quod modo ſit præſtanda

7 Si tutor detur ad interim adminiſtrandū, & adeundum tenetur cauere.

talis ſatiſdatio, ſeu cautio. Sed ego arbitror in primo caſu, quo datur ſimplicitèr ad adeundam hæreditatem, non ſit neceſsarium, vt ſatiſdet, ſeu caueat, niſi fortè adeſse poſsit præſumptio, quod in tali aditione vel ex dolo, vel ex incuria deteriorem conſtituat pupilli conditionem; & ratio videtur ex eo deduci, quia, cum non poſſit adminiſtrare, (nam poſt aditionem ſubintrat ipſo iure teſtamentarius) non videtur teneri præſtare

8 Secus, ſi detur ſolum ad adeundū.

cautelam, cum hæc detur ſolummodo pro adminiſtratione; quia tamen in illa aditione poteſt conſiderari aliqua ſpecies adminiſtrationis, quæ cōſiſtat in adeundo cautè, & ſeruatis, quæ in hoc genere ſeruanda ſunt, non negauerim poſſe compelli ad ſatiſdandum de fideliter adeundo. In ſecundo vero ſentio, tutorem huiuſmodi teneri ſatiſdare, & poſſe compelli, & iuxta hunc ſenſum arbitror procedere textum *in d.§. ſed ex his legibus Inſtit. de Attil.tut.*, quia cum adminiſtret, tenetur pro tempore adminiſtrationis cauere rem pupilli ſaluam fore, cum poſſit ex mala adminiſtratione obligari.

Tertio conſiderandum venit id, quod crebrò in præcedentibus dicebamus, nempe, quod licet veriſsimum ſit, quod deficiente teſtamentario tutore locus ſit legitimo excluſo datiuo, immò à legitimo ſuperueniente excludi datiuum per textum *in l. ſi tutor Reipublicæ §. 1. ff. de tut. & rat. diſtrah. & l. non ſolum §. ſi libertus ff. de excuſ. tut. & l. ſorores C. qui dar. tut.*, hoc tamen intelligendum eſt, quando teſtamentarius ſimplicitèr, & abſolutè deficit, non quando ad aliquod tempus impeditur ab adminiſtratione, vel non admittitur, niſi aliquo effectu completo, vel conditione purificata, quia tunc interim ex veteri lege Attilia dabatur tutor ex dicta lege dictus Attilianus, vt *Inſtit. de Attil. tut. in princip.*, cui modo ex nouo iure conſtitutionis Iuſtinianæ ſuccedit datiuus, ſeu in eius locum datur datiuus, vt notat *Angelus in §. quod autem num. 2. Inſtit. de legit. tut.*, qui tamen tutor erit temporarius, quia ſtatim ac hæres ſcriptus extiterit, deſinit a tali munere *§. ſed & ſi Inſtit. de Attil. tut.*

PRÆNOTIO XXIV.

De Honorario tutore, & notitiæ cauſa dato.

SVMMARIVM.

Quinam veniant nomine tutoris honorarij. 1.
Tutor honorarius non eſt conueniendus, antequam cæteri, qui geſſerunt, fuerint excuſſi. 2.
Obligatur tamen in caſu, quo tutores, qui geſſerunt, non eſſent ſoluendo. 3.
Tutori honorario rectè fit ſolutio debita pupillis, niſi ipſi fuerit interdicta adminiſtratio. 4.
Tutoribus, an, & quando debeatur ſalarium remiſſiuè. 5.
In caſibus, quibus debetur, quantum, & quale eſſe debeat, remittitur iudicis arbitrio. 6.
Sententia aſſerens tutoribus honorarijs non deberi ſalarium. 7.
Sententia aſſerens eiſdem deberi cum ſuis rationibus. 8.
Probabilius non debetur, niſi fortè etiam adminiſtrent. 9.
Ex eo, quod teneantur de periculo, non benè infertur, quod debeatur ſalarium. 10.
Probabilius tutores honorarij tenentur conficere inuentarium. 11.
Quinam veniant nomine tutorum notitiæ gratia. 12.
Tutori notitiæ gratia poſſunt deſerui alimenta. 13.
Tutor datus notitiæ cauſa æquè tenetur, ac cæteri tutores. 14.
Ratio, cur tutor notitiæ cauſa æquè teneatur cum cæteris tutoribus, non ſic honorarius. 15.
Dici etiam poteſt, quod tutor notitiæ cauſa teneatur, quando defecit in ijs, quæ ſui muneris ſunt. 16.
Tenetur tutor notitiæ cauſa etiam ob non acceſſionem. 17.
Quid veniat nomine non acceſſionis. 18.
Etiam tutori notitiæ cauſa poteſt fieri ſolutio, niſi illi interdicta ſit adminiſtratio. 19.
Probabilius tutori notitiæ gratia debetur proportionatum ſalarium. 20.
Et hoc taxandum eſt arbitrio Iudicis. 21.

PRoſequimur explicare diuiſiones tutelæ, & in præſenti ſe offerunt duæ tutelæ ſpecies, quarum altera dicitur honoraria, altera notitiæ cauſa. Loquendo de prima eam in præſenti non intelligimus, ſeu pro ea non accipimus, quam dat Prætor tanquam ius honorarium, ſecundum quem ſenſum accipit *Vulpianus in ſuis Inſtit. rub. de curat.*, nam 1

1 Quinam veniant nomine tutoris honorarij.

hac ratione omnes tutores à Iudice dati dicerentur honorarij; Sed eam intelligimus, qua secundum *Ioannem Gutierez part.1.c.17.nu.1.* datur pupillis tutor vir magnæ dignitatis, siue Ecclesiasticæ, siue laicalis ad effectum, vt pupilli magis sint honorati eius auctoritate, & protectione, in quo sensu etiam loquitur *Glosa in l. iure nostro 27. §. 1. glos. 1. ff. de testam. tut.*, vbi dicit honorarium tutorem illum dici, quia ex eo oritur honor ei, cui datur *Glosa in l. quod, si fortè 14. §. sunt quidem verb. honorarij ff. de solut.*, & ibi *Bartolus*, *Paulus*, *& Angelus*. Item intelligimus eam, qua per testatorem constituuntur tutores, non vt administrent, sed vt sint tanquam obseruatores actuum, & gestorum aliorum custodes, prout notant *Rebuffus in l. soluendo esse in verb. sexta, & in l. Paulus ff. de verb. signif.*, *Montanus de tut. c.39.num.189.*; hi etenim verè dicuntur honorarij, cum habeant munus, vt cæteris administrantibus quodamodo præsideant.

De his tutoribus honorarijs contingit in præsenti dubitari, an, & quomodo ipsi teneantur de tutela? Secundo, an *rectè*, & validè possit ipsis fieri solutio debita pupillis? Tertio, an tutori honorario debeatur salarium, seu decima tutelæ?

In ordine ad primum dico, tutorem honorarium non esse conueniendum,
2 antequam cæteri tutores, qui gesserunt fuerint excussi. *Montanus de tut. & curat. c.39.num.189.*, *Rebuffus in l. soluendo esse in verb. sexta, & in l. Paulus ff. de verb. signif.*, quod non solum deducitur ex generali regula, secundum quam, qui non administrarunt, non tenentur actione tutelæ, dum illi, qui administrauerunt, sunt soluendo per textum *in l. 1. §. vsque adeo ff. de tut. & rat. distrah. Glosa, & DD. in l. 1. C. de transact. & l. Imperatores, & l. quid ergo ff. ad municip.*, sed etiam ex speciali iure *in l. si plures §. si parens ff. de administ. tut.*, *& Nouel. 118. vers. sed si multi*, hocque non incongruè inductum videtur, quia principalius videntur teneri, qui deliquerunt in committendo, quam qui in omittendo. Assero secundo, non deobligari huiusmodi tutores honorarios in casu, quo tutores, qui administrarunt, non sint soluendo *Montanus, & Rebuffus loc. cit.*, quandoquidem, cum ipsi ex proprio munere sint obseruatores, & custodes pupillorum in ordine ad eos, qui administrant, eisdem est imputabile, quod non aduerterint ad defectus, deficientes non monuerint, pertinaces remoueri non fecerint vti suspectos, adeoque ad ipsos etiam periculum tutelæ pertinet per textum *in l. quod si fortè §. 1. ff. de solut.*, *& l. 3. §. 1. ff. de administ. tut.*, quod valde notandum monet *Rebuffus in d. l. Paulus ff. de verb. signif.* propter nonnullos Episcopos, qui libentes patiuntur se scribi tutores honorarios, qui certè ex tali munere tenentur, si defecerint &c.

Tutor honorarius non est conueniendus, antequā cæteri tutores, qui gesserunt, fuerint excussi.

3 Obligatur tamē in casu, quo tutores, qui administrarunt, nō essent soluendo.

In ordine ad secundum adest expressus textus *in l. quod si fortè §. 1. ff. de solut.*, cuius verba, cum maximè faciant ad rem præsentem, hic referuntur. *Sunt quidam tutores, qui honorarij appellantur, sunt, qui notitiæ gratia dantur, sunt qui ad hoc dantur, vt gerant, & hoc vel Pater adijcit, vt vnus gerat, vel voluntate tutorum vni committitur gestum, vel Prætor ita decernit. Dico igitur, quod cuicunque ex tutoribus fuerit solutum, & si honorarijs (nam, & ad hos periculum pertinet) rectè solui, nisi interdicta eis fuerit administratio; nam si interdicta est, non rectè soluitur*. Ex quibus verbis duo elucent; primum, quod eisdem rectè fiat solutio; secundum, quod non rectè fiat, si à Iudice eisdem honorarijs fuerit interdicta administratio.

4 Tutori honorario rectè fit solutio debita pupillis, nisi ipsi fuerit interdicta administratio.

In ordine ad tertium hoc vnum aduertendum primo est, regulariter tutoribus non deberi salarium, eo quia de iure ciuili officium tutoris gratuitum est, adeoque ratione eiusdem non videtur posse aliquid exigi per textū *in l. à tutoribus §. principalibus ff. de administ. tut.*, *& l. qui negotiū in fin. princip. ff. eod.*, quæ conclusio adeo recepta est, vt ab antiquioribus ad hæc vsque tempora viguisse profiteatur *Baeça de decim. tut. c.1.n.1. & seqq.*, *Surdus de alim. tit.1.q.47.num.6.*, *Menochius conf. 228. à nu.1. vsq. à num.13. inclusiue vol.3.*, *Vitalis in tract. clausul. clausul. nihil non. par. de confect. inuent. q.16.* Quamuis autem nihil intuitu lucri possit exigi ratione tutelæ, potest tamen exigi in ordine ad damna vitanda, prout docent *Bartolus in l. à tutoribus §. fin. ff. administ. tut.* arg. textus *in l. 1. §. si pupillus vers. item ff. de tut. & rat. distrab.*, *Baldus conf. 256. super primo puncto lib.3.*, *Surdus de aliment. tit.1. q.45.num.5.* in casu, quo tutor ad gerenda pupillorum negotia peregrè teneretur proficisci, tunc etenim tutor potest expensas, quas tenetur in illa profectione facere, de bonis pupillorum detrahere, detractis tamen sumptibus, quos facere ex proprio debuisset, si peregrè profecturus non fuisset. Item in casu, quo tutor deberet aliquod negotium gerere, in cuius expeditione pateretur aliquod detrimentum in proprijs facultatibus, tunc etenim Iudex posset iustè salarium eidem constituere, cum nō teneatur damnum ex causa alterius pati per *l. sed & si quis ex signatoribus ff. quemadmod. test. aper.*, ex qua DD. plurimi asserunt, quod Iudex

5 Tutoribus, an, & quando debeatur salarium remissiuè.

dex ex iusta causa posit tutori salarium asignare *Glosa & DD. in d.l. à tutoribus §.fin.ff.de administ.tut., Bartolus in l. Alleta §. tutela ff.de excus.tut., Corduba à Lara in l.si quis à liberis §.si mater n.73.ff.de lib. agnos., Surdus de aliment.tit.6.q.14.n.17.*, quin immo plurimi docent, quod, quãdo officium tutelæ propter negotia, quæ in eodem versantur, est arduum, graue, & difficile, debeatur salarium, quantumuis ab initio suscepti muneris non fuerit promissum *Menochius cons.228.vol.3. & cons.570.num.4.volum.6.*

6 In casibus, quibus debetur, quantum, & quale debeatur remittitur Iudicis arbitrio.

Quantum verò, & quale debeat esse huiusmodi salariũ? Iuxta varietatem regionum variè statuitur, de qua re vide apud *Ioannem Gutierez de tut.& curat.part.3.c.2.à num.11. ad fin.* Hoc ego arbitrio Iudicis remittendum existimo, qui pensatis facultatibus pupillorum, difficultatibus in negotijs peragendis, diffusione patrimonij, litibus superinde emergentibus statuat quid congruum, moderatum, & conueniens.

7 Sententia asserens tutoribus honorarijs non deberi salarium.

Quibus suppositis magnam video inter DD. controuersiam circa propositum quæsitum, an scilicet tutoribus honorarijs sit statuendum? Et quidem plurimi negant primo, quia salarium constituitur ratione administrationis; honorarij autem non administrant *l.3.§.tantundem ff.de administ.tut.& l.quod si fortè §.sunt quidam ff.de solut.& ibi DD.communiter*;

Rationes pro hac sententia.

quinimmo, si aliqua administratio eisdem iniungeretur, eo ipso desinerent esse honorarij per textum *in l.iure nostro §.honoris ff. de testam.tut.* Secundo, quia ex supradictis, si quis habeat tres tutelas, quamuis excusetur a munere quartæ, non tamen ab eadem excusatur, si vna ex illis fuerit honoraria per textum *in l.si quis tutor §.quid ergo ff. de ritu nupt.*, ergo, quia honoraria non præsumitur in commodum inferre, adeoque neque afferat lucrum salarij.

8 Sententia asserens eisdem deberi cum suis rationibus.

Alij verò è contra sustinent, & tutoribus honorarijs constituendum esse salarium, tum quia veniunt propriè nomine tutoris, ergo eisdem etiam salarium debetur, quia, vbi est propriè munus, debent esse, & iura annexa tali muneri per textum *in l.4.§.toties ff.de damn.infect.*; tum quia & tutor honorarius tenetur facere inuentarium, sicut & cæteri tutores *Baldus in l.tutor, qui repertorium in princip. col.1. ff.de administ.tut., Salicetus in l.tutores col.3.C.eod.tit.*, ergo ei erit constituendum salarium, cum ex obligatione salarij alia plura consequantur. Quid iam in hac controuersia concludendum? Probabilius arbitror, eisdem non constituendum salarium, nisi fortè & ipsi administrent, qua ratione transcenderent limites puri honorarij. Rationes pro prima opinione adductæ videntur hoc concludenter euincere; & si, iuxta superius dicta tutoribus administrantibus non debetur, nisi officium, quod gerunt, sit arduum, difficile, & laboriosum, multo minus debebitur honorarijs, quorum munus non est arduum, nec difficile, nec per se coniunctum cum administratione, quinimmò, vt docet *Baldus in d.l.quod, si fortè §.sunt quidam ff. de solut.*, (quod tamen clarius habetur *in l.ratum ff. eod.tit.*,) licet tutores simplicitèr teneantur cauere, se omnia rectè, & cum vtilitate pupillorũ gesturos, vtilia exercituros, & omissuros inutilia, hoc tamen non teneantur præstare honorarij, prout docet *Baeza de decim.tut.c.6.num.10.*

9 Probabilius non debetur, nisi fortè etiam administrẽt.

Quod, si dicatur, quod huiusmodi tutores honorarij iuxta supradicta teneantur de periculo tutelæ, vt videtur indicari *in d.l.3.§.tantundem ff. de administ.tut.*, adeoq; ius etiam habeant ad congruum salarium; statim erit responsio, quod salarium non conceditur ratione periculi, quod quis subit; cæteroqui etiam fideiussores possent salarium exigere, cum & ipsi subsint periculo, quod tamen nullus dicet. Quod, si dicas, periculum fideiussorum esse satis remotum, cum ipsi non teneantur, nisi excussis principalibus, adeoq, non dignum salario; statim impugnaberis, quia iuxta supradicta etiam honorarij non tenentur, nisi in subsidium tutorum, qui administrarunt. Deindè dicas cum *Ioanne Gutierez de tut., & curat.part.3.c.6.nu.10.* tutores honorarios non teneri de periculo eius, quod ipsi non gesserunt, sed tantum tenentur, si tutores suspectos non fecerint, quod debent sibi imputare, non ex hoc salarium inquirere.

10 Ex eo, quod teneantur de periculo, non benè infertur, quod debeatur salarium.

Sed modo inquirendum remanet, an reuera tutores honorarij teneantur cõficere inuentarium, sicuti cæteri tutores, quod est, quod afferebatur pro fundamento, quod etiam honorarijs debeatur salarium. Vltra prædictos in affirmatiuam partem, quod scilicet & honorarij tutores teneantur conficere inuentarium, propendet *Glosa in d.l.tutor, qui repertorium in verb. fecisse videtur ff. de administ. tut.* ex ea ratione, quod textus *in d.l.tutor, qui repertorium*, loquitur generalitèr, & indefinitè nulla facta distinctione inter tutores simplicitèr, & tutores honorarios, & ratio item idipsum suadere videtur, quandoquidem, cum honorarij deputentur, vt sint obseruatores, & custodes actuum aliorum tutorum, qui administrant, non

11 Probabilius tutores honorarij tenentur conficere inuentarium.

vi-

videntur tale munus rectè exercere posse sine inuentario; quod à ratione dissonum non arbitror; ex hoc tamen non sequitur, quod, si nō administrēt, possint salarium exigere, cum non sit opus tale, quod sit eodem dignum, vt supra.

Loquendo iam de tutoribus notitiæ gratia datis isti propriè sunt, qui ideo

12 Quinam veniant nomine tutorum notitiæ gratia.

dantur, vt instruant contutores de qualitate, & natura rerum pupillarium, de rerum situ, de natura regionis, de opportunitate temporum, prout notant *Baeca de decim. tut. c. 6. num. 20., Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 17. n. 2.*

De his tutoribus plurima etiam contingunt in præsenti dubitari; & primo, an eisdem ex bonis pupilli debeantur alimenta? secundo, an æquè teneantur, ac cæteri tutores? tertio, an teneantur de accessione, & ad quid, si non gerant, obligentur? quarto, an eisdem possit fieri solutio? quinto, an debeatur salarium?

In ordine ad primum difficultatem mouet textus *in l. 1. §. si pupillis ff. de tut. & rat. distrah.* vbi cum dicatur, quod,

13 Tutori notitiæ causa possunt decerni alimenta.

si ex inquisitione propter rei notitiam fuerit datus tutor, eique alimenta statuerint contutores, debebit eorum ratio haberi, quia iusta causa est præstandi; ex cuius legis tenore videtur deduci, quod sit iustus titulus in tutore dato notitiæ causæ exigendi huiusmodi alimenta; si enim, vt ibi dicitur, est iusta causa præstandi, ergo habetur iustus titulus exigendi; &, si debet haberi ratio eorum, quæ statuerunt contutores in decernendis huiusmodi alimentis, ergo quia supponuntur contutores rectè, & iuste decreuisse, sicque erit iusta, & debita talis alimentorum dispositio, & præstatio. Nihilominus, quia ibi fit comparatiu liberti dati per testatorem cum alijs liberis, & tutoré filij pupilli ad tutorem datum notitiæ causæ ex inquisitione ibi *inter quos, & libertum suum, per quem voluerit eam tutelam administrari, & contutores ei certam summam statuerunt &c.*

Iura pro hac resolutione.

ergo, & si ex inquisitione propter rei notitiam fuerit datus tutor, eique alimenta statuerint contutores, debebit eorum ratio haberi; &, quoad libertum destinatum cum alijs tutorem, dicitur, *quia alter se exhibere non poterat*, videtur etiam concludendum, quod quoad tutorem notitiæ gratia datum possint alimenta decerni, *si alter non possit se exhibere*, hoc est, si fuerit inops, & non aliter. Hoc secundum magis conforme textui arbitror, prout etiam considerasse videtur *Ioannes Gutierez de tut. & curat. c. 17. num. 3. & 4.*

In ordine ad secundum sentiendum est, tutorem datum notitiæ gratia æquè teneri, ac cæteros tutores. Expressè colligitur *ex l. quaro §. idem Paulus ff. de testam. tut.* Ibi *Eum quoque, qui propter rerum notitiam tutor datus sit, perinde in omnibus, & administrationis, & accessionis iure conueniri posse, atque cæteros tutores, qui eodem testamento dati sunt.* 14

Tutor datus notitiæ causa æquè tenetur, ac cæteri tutores.

Quod, si dixeris, tutores honorarios non teneri, nisi secundario, & in subsidium tutorum, qui administrauerunt per ea, quæ supra probauimus, ergo etiam tutores dati notitiæ causa non tenebuntur, nisi subsidiariè ad cæteros contutores, & minus principaliter, accedente etiam generali regula, secundum quam primo loco tenentur illi, qui administrant, siuè administrarunt; æquè autem non sunt dati ad administrandum tutores dati notitiæ gratia, ac tutores honorarij; Statim impugnaberis, quia iura agnoscunt maius onus in tutoribus datis notitiæ gratia, ac in tutoribus honorarijs, quandoquidem illi non solum dantur vt tutores, sed etiam tanquam duces, & oculi cæterorum, prout notarunt *Odofredus in l. 1. C. de pericul. tut., Baeca de decim. tut. c. 6. n. 21.*, vnde in omnibus debent præire, instruere, dirigere, ex quo dependet bonæ, vel malæ administrationis effectus, vnde non est, quin æquè debeant obligari, ac cæteri tutores; isti verò nempe honorarij dantur solummodo ad quandam præeminentiam, & decentiam pupillorum, vt scilicet ex eorum auctoritate pupilli magis honorentur, & ne eorum bona profundantur, sicque illi deputantur vt ministri, isti vt arbitri. 15

Ratio, cur tutor notitiæ causa æquè teneatur cum cæteris, non sic honorarius.

Quod, si ista responsio non placeat, *cum Ioanne Gutierez d. c. 17. n. 7. in fine* dicite, quod, quando *in d. l. quaro §. idem Paulus ff. de testam. tut.* dicitur, quod tutor datus propter rerum notitiam, perinde in omnibus, & administrationis, & accessionis iure conueniri possit, atque cæteri tutores, hoc intelligendum sit non simpliciter, sed quando defecit in ijs, quæ ad proprium munus spectant, quæ sunt quædam species administrationis consistentis in instructione congrua, fideli directione, & accurata præuentione agendorum; tunc etenim æquè potest conueniri, sicuti possunt conueniri cæteri tutores, si in propria administratione defecerint; atque hæc responsio magis videtur consonare cum textu *in l. 1. C. de pericul. tut. Periculo tamen omnes sunt obligati siue ea, quæ scire debent ex vtilitate eorum tutores, siue curatores dissimulauerunt, siue fraudem aliquam adhibuerint, vel cum alijs participauerint, aut eum suspectum facere deberent vel in officio muneris, vel debito obsequio cessauerint*, & ibi *Glosa in fin. princip.* subdit, 16

Dici etiã potest, quod tutor notitiæ causa teneatur, quando defecit in ijs, quæ sui muneris sunt.

licet

licet enim non adminiſtrent, debent tamen inſpicere, qualiter alij adminiſtrent.

In ordine ad tertium difficultas oritur ex eo, quod *in d. l. quaro §. idem Paulus ff. de teſtam. tut.* dicatur. *In omnibus, & adminiſtrationis, & acceſſionis, iure conueniri poſſit*, vbi, cum fiat mentio de acceſſione vltra adminiſtrationem, tribuit occaſionem inquirendi, quid propriè veniat nomine acceſſionis, & ad quæ obligetur ratione eiuſdem? Pro quo aduerto, tutorem notitiæ gratia datum dupliciter circa munus eidem iniunctum poſſe deficere; primo non rectè, ſeu bona fide inſtruendo, nec debitam, ſed fraudulentam, & doloſam directionem prȩſtando, non curando vt ſuſpecti, & doloſi remoueantur &c.; ſecundo non accedendo non propoſita, ſeu proteſtata ſufficienti cauſa excuſationis; Si primo modo defecerit, dici poteſt defeciſſe in munere adminiſtrationis; ſi ſecundo modo; defeciſſe quoad acceſſionem, quatenus non acceſſerit, cum accedere debuiſſet. Hinc dico, quod ob non acceſſionem non ſolum poſſit conueniri, ſed etiam teneatur ad pænas ceſſationis, vt notat *Baeca de decim. tut. d. c. 6. nu. 24.*, *Ioannes Gutierez de tut. & curat. d. c. 17. num. 5. in fin.*, inter quas pænas numeratur, quod, ſi legatum aliquod à teſtatore habuerit, illud ſimpliciter amittat per ea, quæ in præcedentibus commendauimus.

17 Tenetur etiam ob non acceſſioné.

18 Quid veniat nomine non acceſſionis.

In ordine ad quartum iuxta ſuperius dicta, dum de tutore honorario, dicendum eſt, tutori notitiæ cauſa dato poſſe fieri ſolutionem, dummodo per Iudicem eidem non fuerit interdicta adminiſtratio, prout expreſsè colligitur ex textu *in l. quod ſi fortè §. 1. ff. de ſolut.* Quod, ſi dicatur, quod tutor notitiæ cauſa non debeat adminiſtrare, quoniam ad hoc non datur, vt gerat, ſed vt contutores inſtruat, prout notarunt *Bartolus, Baldus, & Salicetus in d. l. 1. C. de pericul. tut.*, *Baeca de decim. tut. d. c. 6. num. 20.*, adeoque, nec poſſit validè recipere ſolutiones pupillis debitas, nec in hoc requiri, vt adminiſtratio ei interdicatur à Iudice, cum intelligatur à iure interdicta; Si, inquã, hoc dicatur; erit immediatè impugnatio, nam licet tutores notitiæ gratia non dentur directè ad eum finem, vt gerant, non propterea interdicuntur, quin poſſint validè ſolutiones recipere, nec iura vetant, vt poſſint gerere, ſed ſolum indicant principale eorum munus, quod eſt inſtruendi, & dirigendi, vt ſupra. Cæterum, quod non inhibeant huiuſmodi geſtionem, & receptionem ſolutionum concludentiſſimè euincitur *ex d. l. quod ſi fortè* vbi, cum dicatur, quod in caſu ſolummodo, quo eis à Iudice ſit interdicta adminiſtratio, non poſſint recipere ſolutiones pupillis debitas, per conſequens ſupponitur, quod ipſo iure, ſeu à iure non ſit interdicta; cæteroqui fruſtra requireretur interdictum Iudicis formale, & expreſſum, ſi ipſum à iure haberetur.

19 Etiam tutori notitiæ cauſa poteſt fieri ſolutio, niſi illi interdicta ſit adminiſtratio.

In ordine ad quintum *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 3. c. 6.*, qui prius docuerat tutori honorario deberi ſalariũ, ſeu iuxta conſuetudinem Hiſpaniæ decimam tutorum, ſi ſimul cum alijs tutoribus ex expreſſo, vel tacito eorum conſenſu gerat, ſecus verò, ſi non gerat; aſſerit etiam in caſu tutorum notitiæ gratia datorum, quod eiſdem, ſi gerant, debeatur, ſecus, ſi non gerant; Aduertit tamen, quod, quantumuis huiuſmodi tutores gerant ſimul cum alijs, non propterea ſingulis debeatur integrum ſalarium, & iuxta conſuetudinem Hiſpaniarum integræ decimæ, quia hoc redundaret in grauiſſimum damnum pupillorum, ſed omnibus ſimul gerentibus debeatur vna tantum decima, ſeu vnum adæquatum ſalarium inter ipſos diuidenda, ſeu diuidendum. Ego autem plus iuris agnoſcerem in tutoribus notitiæ gratia datis, quamuis cum alijs tutoribus non adminiſtrarent, ac in tutoribus honorarijs, quandoquidem eorum munus ex genere ſuo grauius eſt, & maioribus difficultatibus, curis, & vigilijs obuolutum, cum in omnibus debeant præire, duces eſſe gerendorum, inuigilare in omnibus eorum operibus per debitas inſtructiones, & directiones, & per conſequens maioribus etiam periculis obnoxium; Quamobrem non incongruè crederem, eiſdem deberi proportionatum ſalarium, cum denegari etiam non poſſit ob hanc occupationem poſſe à rebus ſuis gerendis non modicum impediri.

20 Probabilius debetur proportionatum ſalarium tutori notitiæ gratia.

Quantum vero, & quale debeat eſſe huiuſmodi ſalarium? hoc arbitrio Iudicis regulandum eſſe arbitror, quatenus his omnibus conſideratis, facultatibus ſcilicet pupilli, difuſione patrimonij, difficultatibus in adminiſtrando, cæteriſque omnibus in hoc genere conſiderandis congruum quid, & proportionatum naturæ, & conditionibus eiuſdem tutelȩ conſtituat, & illud deinde diuidat ad ratam operum, laboris, & applicationis ſingulorum.

21 Et hoc taxandũ erit arbitrio Iudicis.

PRÆ.

PRÆNOTIO XXV.

De Tutoribus fiduciarijs.

SVMMARIVM.

Quomodo constituatur, & quibus competat tutela fiduciaria. 1.

Mortuo Patre, qui filius emancipauit, filius natu maior erit aliorum impuberum tutor fiduciarius. 2.

Sententia asserens, quod Auo emancipante nepotes, & præmoriente eius filius non sit tutor fiduciarius filiorum suorum. 3.

Potest tamen dici tutor fiduciarius. 4.

Glosa asserit esse legitimum simul, & fiduciarium. 5.

Sed reijcitur eius dictum. 6.

Sententia asserens, quod, si Auus non solum nepotes, sed etiam filium Patrem eorum emancipauerit, filius mortuo Auo non sit tutor fiduciarius. 7.

Probabilius remanet tutor fiduciarius. 8.

Frater impubes mortuo Patre, si non fuerit emancipatus, non recidit in tutelam fiduciariam fratris maioris. 9.

Assignatur ratio, cur quando fuit emancipatus cadat sub fiduciaria tutela fratris, non sic, quando non fuit emancipatus. 10.

Tutor fiduciarius tenetur ad omnia onera, ad quæ tenentur cæteri tutores. 11.

AGentes de diuisione tutelæ aliam speciem agnouimus, quæ dicitur fiduciaria, cuius naturam, conditiones, & qualitates singillatim mens est in præsenti explicare; Hæc dicitur fiduciaria, quia iura maxime fidunt ex speciali motiuo coniunctionis in huiusmodi tutoribus, de qua habetur titulus *in Instit. de fiduciar. tut.* Explicatur autem hæc tutela *in §.1. vers. quo defuncto Instit. de fiduc. tut.*, per hoc, quod supponatur Pater, vel
1 Auus filium, vel filiam, nepotem, vel neptim, & deinceps impuberes emancipasse, in quo casu ipsi emancipantes, quousque vixerint, erunt eorundem impuberum legitimi tutores. Ibi *Non si parens filium, vel filiam nepotem, seu neptim, vel deinceps impuberes manumiserit*, hoc est
2 vt explicat *Glosa ibidem* emancipauerit, *legitimam nanciscitur eorum tutelam*; Quod, si postea ipse parens, puta Auus, vel Pater mortui fuerint, tunc eorum liberi, si fuerint virilis sexus, & perfectæ ætatis, hoc est compleuerint vigesimum quintum suæ ætatis annum erunt fratrum suorum adhuc impuberum existentium fiduciarij tutores Ibi- *Quo defuncto*, scilicet parente emancipante, qui erat eorum legitimus tutor, *si liberi eius virilis sexus existant, fiduciarij tutores filiorum suorum, vel fratris, vel sororis, & cæterorum efficiuntur*, & postea subditur. *Ita tamen hi ad tutelam vocantur, si perfectæ sint ætatis.*

Quomodo, & quibus competat tutela fiduciaria.

Mortuo Patre, qui filios emancipauit, filius natu maior erit aliorum impuberum tutor fiduciarius.

Sed hic oritur difficultas, an, si Auus paternus nepotes, vel neptes impuberes 3
emancipauerit, quo casu immediatè fit ipsorum legitimus tutor, & postea decesserit superstite proprio filio, qui est Pater impuberum emancipatorum, hic intelligatur eorundem tutor fiduciarius, an verò legitimus? Videtur, quod potius legitimus simplicitèr sit dicendus, quam fiduciarius, quod videtur sensisse *Glosa in d. §.1. in verb. si liberi Instit. de fiduciar. tut.* vbi dicit, quod, si tàm impuberes, quàm puberes remanserint in potestate Aui ipso iure recidant in potestatem sui Patris ij, qui filij sunt, sed fratres recidunt in tutelam fiduciariam semper; ex quibus apparet, quod solum fratres impuberes veniant sub tutela fiduciaria, filij autem sub tutela legitima, & sic Pater respectu filiorum est tutor legitimus, non fiduciarius, Quod, si in eodem textu 4
dicatur, *si liberi existunt, fiduciarij tutores filiorum suorum efficiuntur*; tunc eadem *Glosa ibi in verb. filiorum suorum*, asserit hoc intelligendum esse de filijs defuncti. His tamen non obstantibus textus *in eodem §.1. in vers. quo defuncto*, videtur expresse sentire, quod, quando filij ex filio fuerunt emancipati ab Auo paterno, hoc defuncto cadant sub fiduciaria tutela Patris; quod videtur colligi ex verbis eiusdem textus, Ibi enim dicitur, quod, *si eo defuncto liberi eius virilis sexus existant fiduciarij tutores filiorum suorum vel fratris, vel sororis, & cæterorum efficiuntur.* Nota singula, & conijcies, an vera sint, quæ dicuntur. Dicitur, *si liberi eius virilis sexus existant.* Certe Pater nepotum illius est ex eius liberis. Dicitur *fiduciarij tutores filiorum suorum.* Certè hoc nequit intelligi, nisi de filijs filij eiusdem Aui defuncti; neque verum est, quod dicitur, quod Glosa per ly *filiorum suorum* intelligat filios eiusdem defuncti; nam ibi Glosa in eodem verbo filiorum suorum dicit, scilicet *Nepotum defuncti*, qui certè sunt filij ex filio; quod eo fortius colligitur, quo in eodem textu dicitur; *fiduciarij tutores filiorum suorum, vel fratris, vel sororis, & cæterorum efficiuntur*, vbi, cum fiat expressa distinctio filiorum, fratris, & sororis, cæterorumque, non possunt nomine filiorum fratres eiusdem, qui in tutelam fiduciariam vocatur, intelligi.

Sententia asserens, quod Auo emancipante nepotes, & neptes, eoque mortuo pater ipsorum nó sit tutor fiduciarius, sed legitimus

Potest tamen dici tutor fiduciarius.

Neque obesse potest, si asseratur primo, quod filius, qui est Pater nepotum Aui defuncti succedat in locum eiusdem

Aui,

Proponitur instantia opposita.

Aui, adeoq; ſicuti idem Auus erat tutor legitimus nepotum, ita & Pater eorundem, qui ſuccedit in locum eiuſdem Aui non poſſit, niſi eſſe legitimus *Gloſa in d. §. 1. in expoſitione caſus circa medium Inſtit. de fiduciar. tut.*, ad quod conferre etiam non modicum poteſt id, quod ſubditur *in eodem §. 1. verſ. atqui*, vbi patrono legitimo tutore mortuo, liberi quoque eius legitimi ſunt tutores, ergo etiam &c. Non, inquam, obeſſe poteſt, quia hac ratione, nec reſpectu fratrum ſuorum impuberum eſſe poſſet tutor fiduciarius, quia etiam ſuccederet in locum Patris, qui erat tutor legitimus. Sed, antequam directè reſpondeam ad inſtantiam, aduerto, quod *Gloſa in d. §. 1. in verb. ſororis Inſtit. de fiduc. tut.* aſſerit, quod filius, qui dicitur fiduciarius tutor fratrum ſuorum, & filiorum ſit etiam legitimus per interpretationem, licet aliud nomen habeat nempe fiduciarij. Sed hæc reſponſio non videtur congruere textui, quandoquidem in eodem contradiſtinguitur legitimus à fiduciario; cum etenim ibi ageretur de tutela parentis emancipantis in ordine ad filios, & filias, ſeu nepotes, & neptes dicitur, quod ſit legitima; cum verò ageretur de tutela eius liberi ipſo defuncto in ordine ad filios ſuos fratres, & ſorores impuberes dicitur ſimplicitèr fiduciaria, quæ diſtinctio certè non congrueret, ſi vtraque tutela eſſet legitima, & ſolum diuerſitatem haberet in nomine. Rurſus, cum ageretur de tutela patroni, quæ poſt eius mortem tranſiuit in eius liberos, dicitur & quoad eoſdem liberos ſimpliciter legitima, & non fiduciaria; ex quo dignoſcitur, textum diſcrimen agnoſcere inter fiduciariam, & legitimam tutelam. Quamobrem alia via procedendum exiſtimo dicens, quod non eodem iure quoad filios, ſeu nepotes emancipatos ab Auo Pater ipſorum ſuccedat in eorum tutela; non enim ſuccedit iure hæreditario, ſed iure paternitatis, & filiationis, prout notat *Gloſa in d. §. 1. in verb atqui Inſtit. de fiduc. tut.* Neque vim aliquam faciunt ea, quæ ſubduntur in inſtantia de patrono legitimo tutore ſeruorum ſuorum, ad quem eius liberi ſuccedunt non tanquam fiduciarij, ſed tanquam legitimi tutores; Non, inquam, vim aliquam faciunt, quia liberi patroni ſuccedunt Patri iure hæreditario in huiuſmodi tutelam, nam, ſi non eſſet hæredes Patris, neque eſſet domini ſeruorum, quod non militat in Patre filio Aui defuncti, qui, quamuis non eſſet hæres eiuſdem Aui, haberet filios ſuos ſub ſua poteſtate iure paternitatis, & filiationis.

5 Gloſa aſſerit eſſe ſimul legitimum, & fiduciarium.

6 Sed reijcitur eius dictum.

Soluitur prædicta inſtantia.

Neque obeſſe poteſt, ſi aſſeratur ſecundo *ex §. permiſſum Inſtit. de tutelis in verb. nepotibus vero*, vbi dicitur, quod Auus non poſſit nepotibus, ſeu neptibus ſuis teſtamento dare tutores, ſi nepotes, & neptes ſint relapſuri, ſeu relapſuræ in poteſtatem ſui Patris, ergo, quia Pater habet ius tale, vt præferri debeat etiam tutori teſtamentario, cuius propterea tutela in ordine ad filios ſuos emancipatos ab Auo erit non ſimplicitèr fiduciaria, ſed legitima, & quidem ſtrictiori iure, ac ſint aliæ tutelæ ſimplicitèr legitimæ. Non, inquam, obeſſe poteſt, quin potius magis fauet opinioni noſtræ, cum etenim tunc Auus non poſſit nepotibus, & neptibus ex filio teſtamento conſtituere tutores eo, quia ſint relapſuri in poteſtatem patris, ſequitur, quod tutela Patris poſt eiuſdem Aui mortem, nec ſit teſtamentaria, nec legitima ſimplicitèr; non teſtamentaria, quia non eſt datus tutor in teſtamento, non legitima ſimplicitèr, quia hæc cedit teſtamentariæ, vnde non eſset, cur ab Auo non poſſet teſtamento dari tutor, vnde erit fiduciaria fundata in iure paternitatis, & filiationis.

Alia inſtantia proponitur, & diſſoluitur.

Sed hic ſuboritur alia difficultas, an, ſi nedum nepotes, ſeu neptes ex filio fuerint ab Auo emancipati, ſed etiam ipſe filius Pater eorundem, ſeu earundem, poſſit tunc Auus teſtamento dare eiſdem nepotibus, ſeu neptibus tutorem, an verò etiam in hoc caſu Pater eorundem ſuccedat, vt tutor fiduciarius, & excludat tutorem ab Auo datum in teſtamento? Mouet hac difficultatem *Gloſa in d. §. permiſſum in verſ. nepotibus vero in verb. tutores Inſtit. de tut.* vbi aſſerit, quod, ſi filius Pater nepotum emancipatorum ab Auo fuerit & ipſe emancipatus, tunc ijdem nepotes ex ipſo mortuo Auo fiant ſui iuris, vnde ex teſtamento Aui poſſunt habere tutorem, quod probat per hunc eundem textum *in §. permiſſum* Ibi. *Itaque, ſi filius tuus mortis ſuæ tempore in poteſtate tua ſit, nepotes ex eo non poterunt ex teſtamento tuo habere*, ergo a contrario ſenſu, ſi filius tuus mortis tuæ tempore in tua poteſtate non ſit, poterunt nepotes, ſeu eius filij teſtamento ſuo habere tutorem, ſicque filius tuus emancipatus non erit eorum tutor fiduciarius excludens teſtamentarium. Sed non libenter annuerem huic Gloſæ interpretationi, quandoquidem emancipatio filij facta à Patre non tollit ius paternitatis, & filiationis, quod habet idem filius in ordine ad filios ſuos, qui ſunt nepotes Patris ſui, nam ex prædictis, ſi pater filios ſuos impuberes emancipauerit, remanet adhuc

7 Sententia aſſerens, quod, ſi Auus non ſolum nepotes emancipauerit, ſed etiam filium Patrem eorundem ipſi nepotes fiant ſui iuris, & poſſint recipere tutorem teſtamentarium.

ex vi paternitatis eorum tutor, & emancipatio, quam ipse habet a patre suo, efficit quidem, quod non sit amplius in patria potestate, non tamen tollit ius paternitatis, & ea, quæ consequuntur ad ipsam in ordine ad proprios filios; Neque verba enuntiata textus aliquid euincunt in contrarium, quandoquidem ille textus procedebat solummodo secundũ iura antiqua, secundum quæ emancipatio tollebat vim successionis, & agnationis, vt notat *Oinotimus sub tit. 19. Instit. de fiduc. tut. num. 1. & 2.*, & per consequens etiam ius tutelæ, quod modo non militat, præterquam quod modo tutela deferatur propter sanguinis coniunctionem, quæ charitate deuincit homines, & iura maximè confidunt in cura parentum de recta custodia filiorum, & bona administratione bonorum eorundem, ratione cuius fiduciæ, quam iura habent de ipso, tutela dicitur fiduciaria.

8 Probabilius tamen Pater remanet tutor fiduciarius, nec possunt recipere tutorem testamentarium.

Accedit primo, quod frater, quantumuis emancipatus mortuo patre remanet tutor fratris sui impuberis, quantumuis etiam emancipati, vt notat *Faber in §. est & alia Instit. de fiduc. tut. num. 3.*, *Oinotimus ibid. num. 1. & 2.*, ergo ex hoc capite emancipationis non erit, cur Pater emancipatus à Patre suo non debeat esse tutor fiduciarius filiorum suorum. Secundo, quia est maius fundamentum fiduciæ in Patre emancipato respectu filiorum suorum emancipatorum, ac sit in fratre emancipato respectu fratrum suorum item emancipatorum, ergo, si ratione emancipationis in istis non tollitur tutela fiduciaria, multo minus tolletur in illis, cum in ipsis extet maior spes, & fundamentum fiduciæ.

Rationes pro hac resolutione.

Sed, & hic alia oritur difficultas desumpta ex verbis eiusdem textus *in §. 1. in verbo quoniam filius Instit. de fiduc. tutel.* Ibi *Quoniam filius quidem defuncti, si non esset à viuo Patre emancipatus, post obitum eius, sui iuris efficeretur, nec in fratrum potestatem recideret, ideoque, nec in tutelam*, vbi, cum dicatur, quod, si a viuo patre non fuit emancipatus, fiat eo patre mortuo sui iuris, nec recidat in tutelam fratrum suorum, tribuit occasionem inquirendi, cur, quando non est emancipatus non fiat sub tutela fratris maioris, si ipse fuerit impubes, cum tunc maximè indigeat tutela? secundo, an, si fuerit emancipatus, è contrario sensu constituatur, si fuerit impubes, sub tutela fratris maioris?

Duæ difficultates circa hoc excitatæ.

In ordine ad primum aduerte, quod textus ibi continuat sermonem cum iis, quæ paulo ante dixerat de liberis patroni, qui non remanent patrono mortuo tutores fiduciarij seruorum, sed legitimi, & sic conferendo casum fratris impuberis non emancipati ad fratrem maiorem afferit, quod mortuo patre sui iuris efficiatur, nec recidat in tutelam eiusdem fratris maioris, quod intelligendum est de tutela fiduciaria, sicuti antea dixerat, quod serui non recidant in fiduciariam tutelam liberorum patroni isto mortuo, sed tantum in legitimam; ex quibus patet, quod licet fratres impuberes mortuo patre absoluantur à tutela fiduciaria fratris maioris, non tamen à legitima, vt videtur expressè asserere *Glosa in d. §. 1. in expositione casus, & in verbo recideret, & in verbo, nec in tutelam Instit. de fiduc. tut.* Si autem inquiratur ratio, cur frater impubes mortuo patre, si non fuerit emancipatus ab eodem viuente, non recidat in tutelam fratris maioris fiduciariam, sed legitimam? Tunc aliqui respondent, quod, quando frater impubes non fuit emancipatus ex lege 12. tabul. connumeretur inter agnatos comparatiuè ad fratrem maiorem, sicque non est, cur non debeat cadere in tutelam legitimam fratris maioris; quãdo verò fuit emancipatus non connumeretur inter agnatos, ideo non cadit in tutelam fratris sub ratione agnationis, sed sub ratione coniunctionis in sanguine, ratione cuius iura fiduciam habent in eodem fratre maiore. Sed hæc ratio, quamuis de iure antiquo maximam vim haberet, & solueret præsentem difficultatem; ex modernis tamen iuribus allegatis à *Fabro in d. §. in d. §. est, & alia Instit. de fiduc. tut., & Oinotimo ibid.* secundum, quæ non intelligitur per emancipationem sublata agnatio, ne ius successionis, non videtur vim aliquam habere ad euacuandam hanc difficultatem. Quamobrem dico, quod, quando non est emancipatus cadit sub potestate fratris eo modo, quo erat sub potestate patris, quando verò est emancipatus non eodem iure cadit sub tutela fratris, quo erat sub patre; hocque sentire videtur eadem *glos. in d. §. 1. in verb. recideret.*

9 Frater impubes mortuo Patre, si nõ fuerit emancipatus, nõ recidit in tutelam fiduciariã fratris maioris.

10 Assignatur ratio, cur, quando fuit emancipatus, cadat sub tutela fiduciaria fratris, nõ sic quando non fuit emancipatus.

In ordine ad secundum certum est, quod frater impubes emancipatus à patre mortuo eodem patre cadat sub tutela fiduciaria fratris maioris; atque hic casus certè principalitèr continentur nemine discepante *in d. §. 1. Instit. de fiduc. tut.* vnde non est, cur amplius in hoc immoremur.

Pro complemento eorum, quæ pertinere possunt ad tutorem fiduciarium remanet inquirendum, an hic teneatur ad omnia onera, ad quæ tenentur cæteri tutores, nempe ad satisdandum rem pupilli

pilli saluam fore, ad confectionem inuentarij, ad reddendam rationem administrationis, & similia? Affirmatiuè respondent *Caualcanus Borgninus de tut. & curat. num. 291., Aufrerius in Apostil. ad capel. Tolos. decis. 105. in fin., Aries Pinellus in l. 1. in 2. part. num. 27. & seqq. C. de bon. mater. cart. 194., Emanuel Suarez in sua commun. opin. in verb. Pater n. 41.* vbi, quod Pater, aut Auus, si habeant filium minorem emancipatum, debeant esse ipsius tutores, & vti extranei, & legitimi tutores teneantur omnia solemnia facere, & ad omnia, ad quæ tutor, vel curator alius tenetur. Quod, si hæc verificantur in ordine ad Patrem, & Auum, non video, cur a fortiori non debeant verificari in ordine ad fratrem, in quo, cum non præsumatur tantus amor, quantus in Patre, & Auo, nec potest præsumi tanta fiducia iuris; vnde, si non obstante tali maiori fiducia obligantur Pater, & Auus ad talia onera, non est, cur frater etiam non obligetur. Quod, si dicas, quod, cum iura ratione fiduciæ, quam habent in Patrem, & fratrem in ordine ad filios, & fratres impuberes emancipatos, vt ipsos præferant cæteris tutoribus, videantur etiam habere fiduciam in eorum administratione, & per consequens ab illis non exigere huiusmodi cautiones; statim impugnaberis, quia non est facienda extensio ab approbatione in tutorem ad approbationem in administratione sine debitis cautionibus; nam etiam a testatore approbantur tutores ab ipso electi in testamento, nec tamen eximuntur ab huiusmodi oneribus. Sed de hoc infrà vberius.

11 Tutor fiduciarius tenetur ad omnia onera, ad quæ tenentur cæteri tutores.

PRÆNOTIO XXVI.

De Regijs Tutoribus.

SVMMARIVM.

Articuli examinandi circa hunc titulum. 1.

Potest Rex; sicuti quilibet priuatus filio suo tutores testamentarios constituere, nec indigebunt aliqua inquisitione, & confirmatione. 2.

Etiam Epistola, & verbis potest tutores dare. 3.

Nec tunc etiam tutor sic datus indiget inquisitione, nec confirmatione. 4.

Quando non sunt tutores testamentarij datur locus legitimis, sed præfertur Mater, & Auia. 5.

Quidquid faciunt tutores Regis facere debent expresso nomine Regis. 6.

Attendi tamen debet consuetudo Regnorum. 7.

In Regnis Hispaniarum non extantibus tutoribus testamentarijs, & legitimis quomodo, & per quos fieri debeat electio. 8.

Vbi non adsunt iura municipalia, secundum aliquos electio tutorum facienda est per consiliarios Regis. 9.

Secundum alios per populum. 10.

Secundum alios per Romanũ Pontificem. 11.

Probabilius facienda est per consiliarios Regis. 12.

Consiliarij præstant hanc electionem auctoritate Regis defuncti. 13.

Rex egressus limites impubertatis non potest gerere imperium, nisi peruenerit ad 25. annum secundum aliquos. 14.

Secundum alios potest immediatè gerere, ac pubes factus fuerit. 15.

Secundum alios potest pubes factus iurisdictionalia gerere, non regalia. 16.

Tutores pupilli Regis in Regnis Hispaniæ possunt esse vsque ad quinque. 17.

Enumerantur conditiones, quæ requiruntur in huiusmodi tutoribus. 18.

Quæ debeant iurare tutores sic electi. 19.

Sententia asserens huiusmodi tutores non teneri satisdare. 20.

Probabilius tamen tenentur. 21.

In Regnis Hispaniarum tutela, & cura perseuerat dumtaxat vsque ad annum 20. ætatis regis. 22.

Potest hoc tempus contrahi ex consilio procerum. 23.

Secundum leges Francorum Rex debet assumere administrationem Regni completo 14. annos. 24.

Possunt tamen Reges ante pubertatem coronari. 25.

Si in Regno vna sit filia Regis sine masculis, secundum aliquos eius tutela immediatè finit ac nupserit. 26.

Hoc tamen non prouenit ex vi matrimonij praecisè, sed ex eo, quod peruenit ad pubertatem. 27.

Si fœmina Regina peruenerit ad 12. annum, & adhuc non nupserit, non potest secundum aliquos assumere administrationem Regni. 28.

Secundum alios potest. 29.

Quando filia Regis non est vnica, nec ipsa debet in Regno succedere, eius tutela non desinit, nisi cum peruenerit ad legitimam ætatem ad normam priuatorum. 30.

Si fœmina Regina nupserit in 12. suæ ætatis anno sententia asserens maritum intelligi eiusdem Reginæ curatorem. 31.

Probabilius tamen non intelligitur eius curator. 32.

Si Rex Pater captiuus fuerit in bello expedit, vt eius filius primogenitus assumat Regnum durante Patris captiuitate. 33.

Si Regina nupserit in duodecimo anno, & facta fuerit fatua, vel furiosa, secundum

aliquos in terminis iurium Hispaniarum administratio Regni pertinere deberet ad Proceres, Magnates, & Consiliarios Regis. 34.

Congruentius tamen Regnum esset administrandum per eius maritum. 35.

Tutor Regis Hispaniarum electus per Proceres, & Consiliarios, secundum aliquos indigeret decreto, vt administret. 36.

Secundum alios congruentius non indiget tali decreto. 37.

An tutores Regis possint leges condere remissiuè. 38.

EST, & alia tutelæ species, quæ ex dignitate personæ Regis, ad quem tuendum confertur, Regia nuncupatur. De hac tutela nonnulla in præsenti discutiemus, ne aliquid ad hanc materiam pertinens intractum relinquamus; & primo erit sermo, per quasnam personas possint Regi pupillo tutores constitui; secundo quinam possint Regi impuberi dari tutores; tertio, an in ordine ad Regem possint habere locum tutores legitimi, & quinam sint præferendi? quarto ad quænam teneantur tutores Regis quomodocunque sint dati, vel per testatorem, vel à lege, vel ab homine? quinto, quandonam tutela Regis finiatur?

1 Articuli examinandi circa hunc titulum.

ASSERTIO I. Potest Rex, sicuti quilibet priuatus filio suo tutores testamento relinquere, nec opus est tunc aliqua Iudicis inquisitione, seu confirmatione. Ita expresse *Ioannes Gutierez de tut. & curat. c. 18., Caldas Pereira de restit. in integ. num. 45. & seqq., Riminaldus Iun. cons. 5. nu. 189. & 193., Natta cons. 631. num. 28., Galganetus de tut. lib. 1. tit. 12. n. 16., Sanfelicius decis. 367. cum addit. per tot.*

2 Potest Rex filio suo testamento dare tutores.

Ratio ex eo deducitur, quia in hoc non videntur secernendi filij Regum, & Principum à filijs priuatorum, prout colligi expresse videtur *ex l. 1. C. de tut. vel curat. Illust. vel cla. persona*, Ibi- *Cæterum alia, quæ in causis minorum antiquis legibus cauta sunt, manere intemerata decernimus;* hocque clarius in verbis præcedentibus eiusdem textus iuxta terminos præsentes decisum dignoscitur. *Quod tamen circa eorum personas censuisse nos palam est, quibus sanè neque testamentarij defensores, neque legitimi visa, ætate, & facultatibus suppetant*, ergo, si suppetant testamentarij, non habebunt locum, quæ dicta sunt per eundem textum præcedentes, adeoque textus supponit, quod dari possunt tutores testamentarij.

Sed, an solummodo Rex possit filio suo impuberi testamento tutores dare, an verò etiam Epistola, vel verbis coram adstantibus prolatis, & indicantibus eiusdem mentem? Affirmatiuè respondet *Ioannes Gutierez de tut. & curat. c. 18. n. 18.* vbi ad hoc adducit textum Hispaniæ *in l. 3. tit. 15. part. 2.* Ibi *por carta ò por palabra*, quod quidem rationi congruere apertum est, quandoquidem Rex in suis dispositionibus non dependet à solemnitatibus iuris, & satis est, quod constet de libera eius mente, siue per scripta, siue per verba. Sed, an in hac hypothesi requiratur eiusdem tutoris per Regem dati inquisitio, seu confirmatio Iudicis, vt possit iura Regni administrare? Ratio dubitandi ex eo deducitur, quod in præcedentibus dicebamus, quod scilicet, si quis datus fuerit in testamento imperfecto, indigeat saltem confirmatione. Sed his non obstantibus dicendum est, quod non indigeat inquisitione, nec confirmatione, prout expresse sentit *Ioannes Gutierez loc. cit.*, vbi tamen non assignat disparem rationem inter tutorem datum per Patrem priuatum in testamento imperfecto, & tutorem datum à Rege vel per Epistolam, vel per verba; Ratio tamen illa est, quam mox attigimus, quod scilicet Rex in suis dispositionibus non dependeat a legibus, sed eius voluntas expressa sit firma lex, & suppleat quemcunque defectum solemnitatum.

3 Etiam Epistola potest tutores dare filijs suis.

4 Nec tunc tutor sic datus indiget inquisitione, aut confirmatione.

ASSERTIO II. Quoad pupillum Regis, quando non adsunt tutores testamentarij, datur locus legitimis, sed his præferenda est Mater, & Auia *Ioannes Gutierez de tut. & curat. d. c. 18. num 12. & 43., Galganetus de tut. lib. 1. tit. 12. & alij communiter, Ioannes à Terra rub. lib. 2. art. 1. conclus. 3. & 4.*

5 Non extantibus testamentarijs datur locus legitimis, sed præfertur Mater, & Auia.

Ratio in vniuersum ex eo deducitur, quia in cæteris omnibus non existentibus tutoribus testamentarijs locus aperitur legitimis, & inter hos primus locus datur Matri, & Auiæ per ea, quæ in præcedentibus latè commendauimus, & expresse habetur *in auth. vt liceat Matri, & Auiæ, & in auth. Matri, & Auiæ C. quando mul. tut. offic.*, nec inuenio aliquam dispositionem iuridicam aliter statuentem quoad tutelam filiorum Regis, ergo hoc idem sentiendum erit in Regina Matre pupilli Regis, eaque deficiente, in legitimis tutoribus, qui scilicet proximiores sunt in gradu eidem pupillo, quique habent ius successionis. Confirmatur ex textu *in c. grandi de supl. negl. prælat.* vbi dicitur administrationem, & regimen regnorum committendum esse illi, qui ius successionis habet, & sanguine proximior est successuro, nec in hoc electioni locum esse, quod etiam voluit *Ioannes à Terra rub. lib. 2. art. 1. concl. 3. & 4.* vbi infert, proximiorem posse propria auctoritate

Rationes pro hac resolutione.

ca-

capeſcere poſſeſſinnem huius regiminis *arg. c. licet in fine, & c. venerabilem de elect., Caldas Pereira in repet. l. ſi curatorem habens in verb. hunc contractum ſeruari n.48. verſ. alij rurſus C. de in integ. reſtit. min.*, & licet talis textus videatur ſolummodo procedere, quando, qui præeſt, eſt negligens, & remiſſus, non video, cur etiam non debeat procedere, quando mortuo Rege pupillus debet Regno præeſſe.

Neque hic audiendi ſunt aliqui, qui monent, à legitimis tutoribus, qui Regi, Duci, aut Principi impuberi decedenti ſucceſſuri ſunt, magnoperè cauendum, vt fuit de mente Solonis textu *Alexandro ab Alexandro lib. 6. genial. dier. c. 10. verſ. Solonis tamen lege*, addita etiam ratione, quia iſti proximiores, qui habent ius ſucceſſionis ſuſcepta adminiſtratione quandoque imperia; & regna arripuerunt expulſis impuberibus legitimis Regnorum, & imperiorum dominis, vt multis hyſtorijs comprobatur; Non, inquam, audiendi ſunt, quia, vbi nulla adeſt probabilis cauſa ſuſpicionis, potius fidendum videtur coniunctis, & ſanguine proximioribus, quam alienis; & ſicuti iura deferunt tutelas priuatorum proximioribus, qui habent ius ſucceſſionis nulla habita ratione ad id, quod poſſet contingere circa fraudationem, & vſurpationem bonorum pupillarium, ita & deferunt proximioribus Regis pupilli, quia potius fidunt de eorum integritate, & fidelitate, quam metuant de vſurpatione.

Soluuntur nonnullæ rationes oppoſitæ.

6 Quidquid faciunt tutores regis debêt facere nomine regis.

Monent tamen communiter DD., huiuſmodi Regum tutores legitimos, vt animaduertant, ne in adminiſtranda eorum tutela, quidquid faciunt, præſertim circa iuriſdictionalia tàm iuſtitiæ, quam gratiæ faciant proprio eorū nomine, ſed ſemper nomine Regis, cuius ſunt tutores. V. g. *Carolus II. Hiſpaniarum Rex &c. hoc facit, hoc iubet &c.* vt sēper ſciant, omnes illum eſſe Regem ſuum; cæteroqui, ſi aliter faciant, poterunt de ſuſpecto accuſari, & vt tales remoueri, prout probat *Galganetus de tut. lib. 1. tit. 12. nu. 24. per textum in l. 1. §. conſequens ff. de ſuſpect. tut. & §. conſequens Inſtit. eod. tit., & l. pietatis C. eod.*, & licet *Caldas Pereira in repet. l. ſi curatorem habens verb. ſine curatore conſtitutus nu. 118. C. de in integ. reſtit. min.* aſſerat omnes Regis pupilli prouiſiones factas per tutores expediendas eſſe nomine eiuſdem tutoris, addendo ſub nomine proprio eiuſdem tutoris, nomen etiam officij eiuſdem, quod practicari teſtatur in Regno Portugallæ, eandemque practicam ſeruatam fuiſſe pro tempore, quo Alphonſus V. erat pupillus ſub tutela D. Petri eius Patrui, cum omnia expedirentur his verbis. *Nos D. Petrus Tutor, & Gubernator, Deique auxilio defenſor pro Rege Alphonſo Domino meo &c.*; attamen diuerſimodè practicatur in Regnis Hiſpaniarum, in quibus prouiſiones Regiæ expediuntur principalitèr ſub nomine Regis adiecto nomine tutorum eius, vt ſeruatum vidimus proximis elapſis temporibus, pro quibus Carolus II. Potentiſſimus Hiſpaniarum Rex Dominus noſter erat pupillus ſub tutela, & cura Mariannæ Reginæ eius matris, in quibus diplomata, ſeu prouiſiones Regiæ expediebantur his verbis *Carolus II. Hiſpaniarum Rex &c. & Marianna eius Mater Tutrix, & Gubernatrix*, qui vſus certè videtur magis accomodus, vt ſemper dignoſcatur, quinam ſit Rex ad tollendam quamcunque ſuſpicionem expoliationis, & vſurpationis &c.

7 Attendi tamen debet conſuetudo Regnorum.

ASSERTIO III. Non exiſtentibus Regis pupilli, ſeu impuberis tutoribus teſtamentarijs, nec legitimis in Regnis Hiſpaniarum tutores pupilli Regis debeat elegi per magnates, proceres, & maiores Regni, per Prælatos, diuites omnes, alioſque, prout continetur *in leg. 3. tit. 15. par tit. 2.*, quam de verbo ad verbum refert Ioannes *Gutierez de tut. & curat. c. 18. à num. 17. vſque ad 24., & Oldradus conſ. 52.*

8 In Regnis Hiſpaniarum non extantibus tutoribus teſtamentarijs, & legitimis quomodo, & per quos fieri debeat electio.

DIXI *in Regnis Hiſpaniarum*; nam alibi fortè alitèr ſeruatur iuxta iura municipalia regnorum, & conſuetudines, quæ, ſeu quas inueſtigare mei muneris non eſt. Vbi vero quoad hæc ſpecialia iura non extent, nonnulli aſſerunt, electionem pertinere ad eos, qui ſunt a conſilio Regis, quique Regno, & imperio præſunt *Corſetus de excel. & poteſt. Reg. q. 18.*; *Antonius Gomez in tertio tom. var. c. 1. nu. 37. de delict. arg. textus in l. hæreditas 34. ff. de acquir. rer. domin.* Alij aſſerunt pertinere ad populum, eiuſque Procuratores in publicis comitijs congregatos, eo quia, ſicuti in Regem à Populo tranſlatum eſt imperium, vt habetur *Regum 11. & 14., & per Gloſam in c. Moiſes diſt. 39.*, ita non exiſtente Rege ab defectum ætatis habili ad regimen, & adminiſtrationem imperij videtur ad eundem populum, ſeu eius Procuratores pertinere prouidere de Rectore imperij perſeuerante minoritate, ſeu inhabilitate Regis *Gulielmus Benedictus in c. Rannutius verb. adiectæ impuberi n. 25. de teſtam., Burgenſis in ſua hiſt. Reg. Hiſp. c. 29.*, vbi teſtatur ita practicatum fuiſſe tempore Regis Ioannis ſecundi. Alij hanc tutorum electionem aſſerunt pertinere ad Summum Pontificem, eo quia hic ſit vniuerſalis Chriſti Domini Vicarius in terris, & generalis orbis Dominus, & vtramque habeat poteſtatem

9 Quando non adſunt iura municipalia Regnorum, ſecundū aliquos tutorum electio pertinet ad conſiliarios Regis.

10 Secundū alios ad populum.

11 Secundū alios ad Romanum Pontificem.

ſpi-

ſpiritualem ſcilicet, & temporalem ſaltem in habitu, & actu primo, prout ſignantèr ſenſeruot *Immola in c. grandi de ſuppl. negl. prælat. in ſexto, & ibi Ancharanus, & Ioannes Andraas, Antonius Gomez ad l.40. Tauri num.9. ad finem*. Ego io hac opinionum varietate, vbi ſpecialis lex non extat, probabiliorem arbitrarer opinionem primam aſſereotem per conſiliarios Regni electionem huiuſmodi eſſe

12 Probabilius faciẽda eſt per conſiliarios Regis.

faciendam, nam ſicuti Rex defunctus in eiſdem ſpecialem habuit fiduciam in aſſumendis eiſdem ad tale munus, & vtique in ordine ad regimen, & adminiſtrationem imperij, dum viueret, ita & eiſdem videtur Implicitè demandaſſe ea, quę pertinere poſſent ad rectam eiuſdem imperij adminiſtrationem poſt eiuſdem mortem, & præcipuè ad elegendum idoneum tutorem, qui cuſtodiæ pupilli, & regni inſiſteret.

Sed difficultas aliqua in eo ſolummodo poteſt verſari, quod dictum eſt ſupra, quod ſcilicet dator tutoris debeat eſſe

13 Conſiliarij Regis præſtant hanc electionem auctoritate Regis defuncti.

ſuperior ad pupillum, cui datur; conſiliarij autem Regni oon ſunt ſuperiores ad Regem, quantumuis pupillum. Sed huic difficultati poteſt occurri aſſerendo, quod coonſiliarij præſtent banc electionem auctoritate Regis defuncti, qui ad tale munus eos vocauit.

Hæc procedunt, quandiù Rex fuerit impubes. Sed quid erit ſentiendum, ſi pubes factus fuerit, adhuc tamen ſit minor? Tunc aliqui aſſeruoi, quod eidem,

14 Rex egreſſus limites impubertatis non poteſt gerere imperium niſi peruenerit ad 25. annum, ſecundũ aliquos.

quantumuis inuito dandus ſit curator, donec ad annum 25. peruenerit *Oldradus conſ. 52. Quæſtio eſt talis per tot., Albericus in rub. C. quando tutor, vel curat. eſſe deſ., Ioannes Andraas in addit. ad ſpecul. de tus. in prima addit., Bartolus in l. quidam conſulebant col. fin. q. penult. ff. de re iud.*, qui omnes ea ratione mouentur, quia ſcientia, & maturitas conſilij requiritur iure quodam naturali, & diuino ad exercendam iuriſdictionem, & poteſtatem imperij; quæ ſcientia, & maturitas non poteſt præſumi in minori 25. aooorum, adeoque bic non videtur admittendus ad adminiſtrationem imperij *arg. textus in l. ad Rempublicam ff. muner. & bon. & l. ſpurij §. minores ff. de Decur.* Alij è contra ſuſtioent,

15 Secundũ alios poteſt immediatè gerere, ac factus eſt pubes.

Regem, cum ad pubertatem peruenerit, poſſe omnia iura Regni aſſumere, & miniſtrare, ex quo iure proprio ſuccedit io Regno, & dignitate *Ioannes de Immola in c. grandi de ſuppl. negl. prælat., Mencbaca de ſucceſ. creat. tit. 1. num. 13., Dominicus à Sancto Gemminiano in d. c. grandi num. 13.* Media via procedit *Bartolus in d. l. quidam conſulebant num. 13. ff. de re ind.*, cum quo tranſeunt *Abbas in c. cum vigeſimum in fin. primæ col. de offic. & poteſt. Iud. deleg., Corſetus in tract. de excel. & poteſt. Reg. q. 16. & alij*. Hi diſtinguunt inter iuriſdictionalia ſimplicitèr, & ioter regalia, quæ concernunt adminiſtratiooem Regni, & ſic aſſeruot, qnod quoad iuriſdictionalia ſimplicitèr poſſit Rex, cum ad pubertatem peruenerit, ea adminiſtrare, oon ſic quoad regalia, hoc eſt concernentia regimen imperij, & adminiſtrationem. 16 Secundũ alios pubes factus poteſt iuriſdictionalia gerere, non regalia.

Quid iam in bac controuerſia concludendum? Dicam infra ſub hac eadem prænotione, dum de terminatione tutelę Regiæ.

Assertio IV. Tutores, qui dandi ſunt pupillo Regi ſecuodum iura Regnorum Hiſpaniæ, poſſunt eſse plures vſque ad quioque, prout colligitur ex *d. l. 3. tit. 15. partit. 2.* relata *à Ioanne Gutierez de tut. & curat. c. 18. num. 22.* 17 Tutores pupilli Regis in Regnis Hiſpaniarum poſſunt eſſe vſque ad quinque.

Cooditiones autem, quæ requiruntur in huiuſmodi tutoribus enumerantur *In eadem l. 3. tit. 15. part. 2.*, quarum prima eſt, vt ſint timoratæ cooſcientiæ, & timeant Deum; ſecunda, vt Regem ament, & ſint propenſi ad eius honorem, & vtilitatem; tertia, vt ſint bonæ, & illuſtris ſtirpis; quarta, vt ſint legitimi; quinta, vt ſiut ſubditi eiuſdem Regis; ſexta, vt ſint cordati, & maturi iudicij; ſeptima, vt ſint bonæ famæ; octaua, vt ſint talis conditionis vt non præſumantur vſurpaturi booa Regni, ſeu Regis pupilli. Hæc expreſsè *in d. l. 3. tit. 15. part. 2.* Cæterum alia requiruntur de iure communi ſeruaoda etiam io electione tutorum Regis pupilli, vt ſcilicet ſint maſculi, excepta Matre, & Auia, vt ſint perfectæ ætatis, oempe compleuerint 25. ſuæ ætatis annum, vt non fuerint Patris defuncti inimici &c. 18 Enomerantur conditiones, quæ requiruntur in huiuſmodi tutoribus.

Assertio V. Huiuſmodi tutores ſic electi debent in aſsumptione tutelę, iurare ſe fideliter cuſtodituros vitam, & ſalutem Regis pupilli, curaturos eius vtilitatem, & honorem omnibus modis, quibus poterunt, vitaturos omnia, quæ cedere poſsunt in perniciem, & damnum eiuſdẽ, & ea omnia ſeruaturos, quę cootinentur in *d. l. 3. tit. 15. partit. 2.*, quam per exteoſum refert *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 18. nu. 23.* 19 Quæ debeant iurare tutores ſic electi.

Sed, an teneantur ſatiſdare *rem pupilli Regis ſaluam fore*? Videntur prima fronte dicendum, non teneri ad huiuſmodi ſatiſdationẽ ex duplici capite; primo, quia lex regia prædicta hoc non præſcripſit, nec eſt præſumeodum, quod, ſi voluiſset eandem, omiſiſset exprimere; ſicuti eoim præſcripſit alia ſeruanda in hoc genere, certè ſi voluiſset, & hanc expreſſiſset. Secundo, quia vix poſsent inueniri fideiuſsores, 20 Sententia aſſerens non teneri ſatiſdare.

iussores,qui possint sufficere ad valorem Regni. His tamen non obstantibus probabilius est,teneri satisdare *Albericus in l.de creationibus col.2.in medio vers.sin autem C.de Episcop.audient.*, *Iacobus de Sancto Georgio in tract. de feud. vrb.*, *Carolus in prima col.*, *Baldus in l.fin. C. de magist. conuen. in prima col.num.3.*, *Cassaneus ad consuet.Burg. rub.6.§.4.verb.caution. num.4.*, *Laudens. in tract. de official. dom. in quarto notab.*, nec incongrua ratione hoc decernitur, quandoquidem hæc cautio apta est ad continendos Regum tutores, ne bona Regni,& pupilli defraudent; Neque obstant ea, quæ in contrarium afferebantur; non primum, quia, quamuis *in d.l.3. tit.15. partit. 2.* non fiat mentio de huiusmodi satisdatione, præcipitur tamen in alijs legibus, & præcipue *in l. noua tit.16. part.6.*, nec video, cur in hoc secerni debeat tutor Regis à cæteris tutoribus priuatorum; quinimmo ex eo, quod *d. lex tertia* non faciat mentionem de huiusmodi satisdatione, non est præsumendum,quod eandem non voluerit, sed quod omiserit eo, quod continea tur in dispositione iuris communis; Non secundum, quia non requiritur, quod fideiussor in suis facultatibus adæquet facultates pupilli, in ordine ad quem accedit, vt infra dicetur; vnde in casu Regis pupilli communiter docent, quod satis sit, quod tutores eos fideiussores præstent, quos possunt inuenire, sicque satisdent omni meliori modo, quo possunt,prout signanter *Baeca de decim. tut. c.9. n.29.*, *Gregorius Lopez in d. l. 3. in glos. fineasse Madre ad fin. tit.15. partit.2.*, *Galganetus de tut. lib.1. tit.12.*, *Ioannes Gutierez de tut. part. prima d.c.18.n.44. vers. nihilominus*, vbi hoc extendit ad Matrem tutricem Regis, cæterosque legitimos exclusis tamen testamentarijs ad normam cæterorum tutorum priuatorum,de qua re infra tamen occurret sermo vberior.

21 Probabilius tamen tenentur.

Soluuntur rationes contrariæ.

Assertio VI. De iure Hispaniarum tutela Regis, & administratio eiusdem, & Regni per tutores perseuerat dumtaxat vsque ad 20. annum eiusdem Regis, quo elapso cessat,& ipse Rex potest assumere administrationem eiusdem Regni *Ioannes Gutierez de tutor. & curat. d. part. 1.c.18 num.23. & 27.*, & expressè colligitur *ex d.l.3 tit.15.part.2.* Ibi- *basta que el Rey sead edad de 20. annos*. Monet tamen idem *Gutierez d. num.27.*, quod hæc lex non sit taliter obligatoria, vt si proceres vellent, non possent tempus illud contrahere, quinimmo Rex ipse eum illis poterit,eum ad pubertatem peruenerit, velle administrare; vnde refert, quod pro tempore minoris ætatis Regis Henrici tertij filij Regis Ioannis I. fuerit dispositum,quod, vbi ipse peruenit ad pubertatem per se,& Consiliarios Regnum administraret, non amplius per tutores; item refert ordinamentum Regis Alphonsi Vallicoleti anno 1363., per quod Rex vix ineæptis annis 15. suæ ætatis assumpsit regimen regni; refert item Ioannem secundum anno 14.suæ ætatis regnare cæpisse; quod idem fuit obseruatum in Carolo V. Imperatore,qui tamen fuit primus sub tali nomine Hispaniarum Rex,qui regnauit, & Regnum administrauit decimo sexto suæ vitæ anno; ex quibus videtur vsus iam obtinuisse,vt Reges Hispaniarum,postquam peruenerint ad pubertatem, possint assumere administrationem Regni; Nec obstat illa *lex tertia tit. 15. supra relata* concedens solummodo posse Reges anno 20.suæ ætatis administrare, quia vt notat *Baeca de decim.tut.c.10.num.30.* illa intelligitur contraria consuetudine abrogata, quod etiam firmauit *Azeuedo in l.1.num.8. tit.3.nouæ collect. Reg.Paleez de maioratu part.4.q.38. num. 1.*

22 In Regnis Hispaniarũ perseuerat tutela,& cura Regis solum vsq; ad 20. annum.

23 Potest tamen hoc remp⁹ contrahi cũ consilio Procerũ.

Varia exempla referuntur.

Neque obstare possunt ea, quæ supra dicebantur, quod scilicet in illa ætate non possit esse scientia, & illa maturitas iudicij,quæ requiritur ad regni administrationem; Non, inquam, obstare possunt,quia licet in illa ætate concipi possit defectus scientiæ, & maturitatis iudicij, suppleri tamen potest per prudentes consiliarios, magnates, & proceres Regni,quorum consilio,& directione regatur imperium,& regnum administretur, prout in specie notarunt *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part.1. d.c.18. nu.28.*, & *num. 13.* Accedente etiam ratione, quod ita ad tranquilitatem regni videatur expedire, quandoquidem vbi regnant tutores,& curatores, latè, & impunè grassatur auaritia,quilibet in alienum caput inuehitur, omnia prædonibus, & peculatoribus redundant.

Soluuntur rationes oppositæ.

Nec item vim aliquam facit distinctio, qua vtitur *Bartolus in d.l.quidam consulebant num. 13.ff. de re iud.* inter iurisdictionalia simplicitèr, & regalia, vt scilicet quoad illa possit Rex,cum ad pubertatem peruenerit,administrare, non sic quoad ista; quandoquidem quoad vtraque requiritur scientia,& maturitas iudicij; vnde eodem modo quoad vtraque est phylosophandum; cum ergo diximus, quod Rex pubes factus cum consilio, & delectu procerum, magnatum,& priuatorum Regni possit regnum administrare, vtique poterit quoad vtraque.

Dixi *de iure Hispaniarum*; nam secundum

dum leges Francorum Rex debet assumere administrationem Regni completo decimoquarto suæ ætatis anno per concionem in Supremo Senatu habitam à Carolo V., & per legem in forma pragmatica constitutam, & hoc, ne per longiorem tutelam occasio tribueretur maleuolis nouas res excitandi. Possunt tamen Reges, siue Hispani, siue Galli etiā ante decimum quartum annum coronari, & vngi, quomodo Salomon in duodecimo anno suæ ætatis fuit coronatus, & inunctus *tertio Regum primo*, & Ioas in septimo anno *quarto Reg.* 11. D. Ludouicus, & Carolus octauus in Gallijs impuberes coronati sunt, & quamuis ius Regni etiam in impuberi ætate transferatur in Reges, hoc intelligendum est quoad proprietatem, non autem quoad administrationem, & regimen in actu secundo, prout notat *Ioannes Gutierez de tut. d. part.* 1. *c.* 18. *n.* 6.

24 Secundū leges Frācorum Rex debet administrationem Regni completo 14. anno assumere.

25 Possunt tamen Reges ante pubertatem coronari.

Hæc, quæ hactenus dicta sunt, procedunt de terminatione tutelæ quoad Regem, seu filium Regis minorem, seu impuberem. Quid autem sentiendum sit quoad filiam Regis impuberem, seu minorem? an eodem tempore finem accipiet ipsius tutela, quo illa masculi? Antequam deueniam ad resolutionem præsentis controuersiæ, nonnulla præmittenda existimo, & primo videndum est, an ex Rege defuncto illa sola filia remanserit, an verò eadē, & etiam filius, vel filij masculi; secundo notandum est, quod in Regnis Hispaniarum non existentibus masculis fæminæ in Regno succedant, vt ex pluribus legibus Regijs probat *Ioannes Gutierez d. c.* 18. *n.* 37. & 38. & primo *ex l.* 2. *tit.* 15. *partit.* 2. secundo *ex l.* 2. *tit.* 18. *partit.* 3. tertio *ex l.* 1. *tit.* 3. *lib.* 2. *nouæ collect. Reg.* & *l.* 7. *tit.* 9. *lib.* 3. *nouæ collect. reg.*, & ita vsu respectum esse constat ex cronicis antiquis, vbi inuenitur, quod plures fæminæ successerint in Regno, quod etiam aliqui affirmant, esse de iure communi, inter quos *Molina de Hisp. primogen. lib.* 3. *c.* 4. *n.* 5. *in princip.*, vbi plures DD. enumerat hoc sentientes.

26 Si in Regno vnica sit filia Regis sine masculis eius tutela immediatè desinit, secundū aliquos, ac ipsa nupserit.

His sic suppositis, quando filia Regis vnica est, nec existunt masculi, qui succedere debeant in Regno, tunc nonnulli asserunt, quod eius tutela eo ipso terminet, quo ipsa nubit, quod *Ioannes Gutierez d. part.* 1. *c.* 18. *num.* 30. probat per textum Regium *in d. l.* 3. *tit.* 15. *part.* 2. Sed monet *Gregorius Lopez in d. l.* 3. *in glos. Fasta que sea d'edad*, quod non ex vi matrimonij contracti præcisè dissoluatur tutela Reginæ, sed ex eo, quod, cum matrimonium sit contractum, intelligatur peruenisse ad pubertatem, & sic ratione pubertatis dissoluitur, non ratione matrimonij. Sed in hac explicatione Lopez videtur esse aliqua difficultas, quandoquidem pubertas non incipit, nisi in anno quarto decimo, & tamen fæmina potest contrahere matrimonium constituta in anno decimo secundo suæ ętatis. Sed facilè hæc difficultàs dissoluitur, si aduertatur, quod in fæmina pubertas incipiat anno 12. quod non solum probant Anatomini, sed etiam Legistæ, & præcipuè *Cagnolus in l. impuberibus ff. de regul. iur.*, *Paulus Zacchias qq. medic. legal. lib.* 1. *tit.* 1. *q.* 6. *num.* 1.; vnde hoc est discrimen inter filium masculum Regis defuncti, qui successurus est in Regno ad Patrem, & inter filiam, quæ non existentibus masculis succedere debet ad eundem Patrem defunctum, quod ille iuxta dispositionem *d. leg. tertia tit.* 15. *partit.* 2. non potest suscipere administrationem Regni, nisi vbi peruenerit ad 20. annum suæ ætatis, & secundum consuetudinem, & posteriorem interpretationem, non nisi cum peruenerit ad annum 14.; ista verò cum peruenerit ad annum 12. suæ ætatis, & matrimonium contraxerit.

27 Hoc tamen non prouenit ex vi matrimonij præcisè, sed ex eo, quod peruenit ad pubertatem.

Sed hic immediatè suboritur difficultas, an, si Regina peruenerit ad duodecimum suæ ætatis annum, & non contraxerit matrimonium, possit assumere administrationem Regni, & sic tunc finiatur tutela? Ratio dubitandi ex eo consurgit, quod textus Regius *in d. l.* 3. *tit.* 15. *part.* 2. videtur præscribere terminum ad tutelam, quando scilicet Regina nupserit, vnde videtur, quod antecedentèr ad tales nuptias non eximatur ab onere tutelæ, quod congruæ rationi videtur inniti, quandoquidem, cum fæmina sit ex genere suo fragilioris iudicij, & imbecillioris conditionis, non videtur per se apta in tali fragili ætate ad regimen imperij, & administrationem, quæ propterea indiget cura, & tutela, quæ ratio cessat, quando nupsit, quia, tunc maritus supplere potest defectum tutorum, & curatorum. Ex alio capite cum iuxta interpretationem *Gregorij Lopez loc. cit.*, & mentem *Ioannis Gutierez de tut. & curat. d. part.* 1. *c.* 18. *num.* 30. matrimonium ipsum non sit ratio, propter quam Regina eximatur ab onere tutelæ, sed solummodo ratio indicans ipsam peruenisse ad pubertatem, videtur sequi, quod stante tali pubertate, possit etiam non posito matrimonio assumere regimen imperij, & sic eximatur &c., quod videtur congruere cum textu *in l. fin. C. quando tut. esse desinat*. In hoc dissidio sentio,

28 Si fæmina Regina peruenerit ad 12. annū, & adhuc non nupserit, secundum aliquos non potest assumere iura Regni.

haoc

29 *Secundū alios congruentius potest assumere.*

hanc secundam opinionem tutiorem esse, quia pubertas ipsa terminat tutelam, non matrimonium; Nec obstant ea, quę in contrarium afferebantur, quandoquidem, licet tunc deficiat præsidium tutorum, nec habeat fulcimentum mariti, habet tamen iuuamen consiliariorum suorum, quorum consilio, prudentia, & directione vti debet in administratione imperij, vt supra dictum fuerit de Rege, cum peruenerit ad annum pubertatis; Neque hinc arguas, quod melioris esset conditionis fæmina, ac masculus, siquidem illa eximeretur ab onere tutelæ in 12. anno suæ ætatis, iste non nisi in anno 14.; Non, inquam, sic arguas, quia hoc prouenit ex conditione sexus, ex qua conditione, sicuti acceleratur habilitas ad matrimonium, & per consequens pubertas, ita acceleratur potestas, & ius ad regimen, & defectus ille iudicij, qui supponitur in fæmina, suppletur per procerum consilium, & consiliariorum directionem.

Soluuntur rationes contrariæ.

Quando verò filia Regis non vnica est, sed vel habet fratrem ex eodem Patre defuncto, cuius sit ius successionis ad Regnum, vel habet sororem natu maiorem, in qua resideat ius Regni priuatiuè quoad ipsam; tunc probabilius arbitror, non eximi ab onere tutelæ, & curæ, nisi cum peruenerit ad legitimam ætatem, ad quam cæteri priuati debent peruenire, vt eximantur à tali onere. Hanc resolutionem apud neminem vidi, sed arbitrarer ab eadem neminem dissentiri, cum nullum ius appareat, nullaque ratio suadeat, in hoc secernendas esse filias Regum à cæteris; quandoquidem ratio, propter quam Rex, seu Regina, in quibus est ius successionis, eximuntur ab onere tutorum, seu curatorum statim, ac peruenerint ad pubertatem, ea est, quia valde congruit bono Reipublicæ, vt quam primum possit, Rex administrationem, cum non expediat tantam potestatem, vel administrationem in alium, seu alios prorogare propter inconuenientia, quæ inde oriri possunt, prout innumera exempla præferunt historiæ *Gregorius Lopez in l.3. glos. de veynte annos tit. 15. part. 6., Azeuedo in l.1. num. 8. tit. 3. lib. 2. noua collect. Reg. Glosa in pragmat. sanctione in procemio §. inscrutabilis verb. susceptione fol. 8.*, & Carolus V. Francorum Rex in publica concione in Supremo Senatu habita legem in pragmatica forma statuit, vt Rex administrationem Regni assumeret in decimo quarto anno, addita ratione, ne propter longiorem tutelam occasio incideret maleuolis nouas res excitandi, prout refert *Ioannes Gutierez de tut. d.c. 8.n.8.*; & vbi regnant tutores, auaritia vt plurimum grassatur, & omnia peculatoribus redundant; quæ ratio non videtur militare in ordine ad pupillas, & minores, quæ non habent ius successionis.

30 *Si filia Regis nō sit vnica, nec ipsa debeat in regno succedere non desinit eius tutela, nisi ad normam aliorum.*

Rationes pro hac resolutione.

Ex occasione eorum, quæ diximus, quod scilicet tutela Reginæ finem acciplat, quando ipsa matrimonio iungitur, oritur hic difficultas, an eius maritus constituatur eiusdem Reginæ vxoris curator, & ipse administrare debeat? In hoc magnum dissidium inuenio inter DD., Nam *Palacius rub. in tract. de iust. & iur. obtention. & recent. Regni Nauar. pag. 5. 5. 5., Montalaus in l. 9. tit. 1. part. 2., Antonius Piccardus in l. 3. & 7. sub nu. 51. C. de murileg. lib. 11.* loquentes in terminis legum afferunt administrationem Regni pertinere ad maritum, huncque esse vxoris suæ curatorem, quod probant per *l. 9. tit. 1. partit. 2. & l. 2. tit. 15. partit. 2.*, quod etiam probat *Piccardus loc. cit.* per duos actus, quos ipse dicit notorios, nempe in Catholico Rege Ferdinando, & Phylippo I. Contrarium tamen sustinent simpliciter *Baldus in c. significauit de rescriptis, Gregorius Lopez in l. 1. in glos. fuessen mucebos ad fin. tit. 2. part. 2., Innocentius, Hostiensis, & Abbas in c. dilecti de arbitr., Angelus, & Paulus in l. cum Prætor ff. de iudic.*, qui dicunt Reginam ad summum administrare debere de consilio mariti, vel maritum de mandato vxoris, in quo casu vtriusque nomine fieri debeat administratio, sed expresso, quod ipse administret de mandato vxoris; Rationes nonnullas adducunt præcitati DD. pro hac opinione, & primo probat *Balds loc. cit.* ex eo, quod Regnum non possit dari in dotem, & quod ipsa Regina sit Domina Regni. Secundo probat *Abbas in c. prudentiam col. 4. de offic. deleg.* ex eo, quod videatur monstrum, quod in eodem loco sint duo Domini, cum hoc cederet in præiudicium subditorum. Tertio probat *Gregorius Lopez in d. l. 9. tit. 1. part. 1.* ex ordinationibus Catholicorum Regum, referendo Chronicas Siculi, vbi hoc dispositum reperitur. Hanc secundam opinionem veriorem existimo, nisi Regnum datum esset in dotem, quia, tunc administratio eiusdem ad normam cęterarum dotium pertineret ad eundem maritum, nec video, quo iure asserat *Baldus loc. cit.*, quod Regnum non possit dari in dotem. Cæterum retenta hac secunda opinione, quando non esset datum in dotem, respondendum est ad leges Hispanas in contrarium adductas ex eisdem non euinci, quod administratio pertineat ad maritum; nam *in d. l. nona* solum dicitur

31 *Si Regina nupserit anno 12. suæ ætatis sententia asserens eius maritum esse ipsius curatorem.*

32 *Probabilius non intelligitur eius curator.*

Rationes pro hac sententia.

Intellige quod Regnum non possit dari in dotem, nisi Regnum esset datū in dotē.

Ff quod

quod ille, qui ducit in matrimonium Reginam, quantumuis ex vi propriorum natalium non fuerit Rex, possit vocari talis ex eo, quod cum Regina nupserit -Ibi- *Qua se pueda llamur Rey por casarse con Reyna*; ex quo tamen non sequitur, quod ex se possit Regnum administrare, sed solummodo per communicationem dignitatis vxoris participet de nomine Regis; quod, si communicabit etiam in administratione, hoc erit de permissione eiusdem Reginæ. Rursus *in d.l.3. tit.15. partit.2.* solum dicitur, quod cessat tutela Reginæ, cum nupserit; ex quo tamen non sequitur, quod tutela, seu melius cura transferatur in maritum, cum nupserit, sed quod administratio transferatur in ipsam nuptam, & quod ad summum in regimine debeat vti consilio, & directione mariti.

Soluuntur argumenta deducta ex legibus Hispanis.

Hæc dicta sint pro resolutione articulorum, qui fuerunt propositi examinandi sub principio præsentis prænotionis;

33 Ex his tamen nonnulla emergunt, quæ sua etiam indigent discussione; & primo, an, si Rex Pater factus fuerit captiuus in bello, possit eius filius primogenitus, si fuerit pubes, hoc est peruenerit ad 14. suæ ætatis annum proprio, & prorogato iure assumere administrationem Regni viuente adhuc Patre captiuo? Non solum posse, sed ita expedire vt primogenitus Regis Rege ipso captiuo assumat regimen imperij ex mente cuiusdam Doctoris Parisiensis innominati docet *Ioannes Gutierez de tut. d. part. 1. c. 18. num. 14.*, & quidem congruè; nam, si per alios Regnum tunc administraretur, consurgerent inuidiæ in aulicis, cęterisq; Principibus, suspiciones, simulationes, quæ omnia cessarent quoad personam Principis primogeniti; nec posset subesse aliquid periculum malæ administrationis, cum ageretur de regno ad ipsum Principem post mortem Patris peruenturũ, nec posset deesse consilium, cum prudentes consiliarij, & proceres, quorum prudentia, dexteritate, & directione vti deberet, eius lateri semper assisterent. Hac eadem ratione, nec immerito, docuit *Gregorius Lopez in d. l.3. tit.15. partit.2. in glos. Perdresse el sentido*, quod, si Rex Pater in furorem, vel dementiam incideret, æquũ maxime esset, vt eius filius primogenitus regimen imperij assumeret, si esset in sufficienti ætate constitutus, quod etiam colligit ex *l.1. in fin. ff. de curat. furios.*

Si Rex Pater captus fuerit in bello expedit, vt durante captiuitate eius primogenitus, si fuerit pubes, assumat Regnum.

Secundo emergit in casu, quo supra locuti fuimus de Regina, quæ nupsit alteri, vbi diximus administrationem Regni ad ipsam pertinere, & non ad virum, nisi de permissione eiusdem Reginæ vxoris; an, inquam in hoc casu, si ipsa Regina efficiatur furiosa, & mente capta, administratio Regni pertinere debeat ad eundem maritum, an verò ad alios, & quosnam? Iuxta dispositionem *d.l.3. tit. 15. partit. 2.* sistendo in terminis legum Hispanicarum videtur dicendum in hoc casu pertinere ad proceres, magnates, & consiliarios Regni eligere personam, seu personas, quæ deberent regnum administrare; cum etenim in *d. l. tertia* dicatur hanc formam seruandam esse in eligendo curatore, seu tutore Regi puero, quando Pater per testamentum in hoc non prouidit, & postea subdatur, quod omnia prædicta sint seruanda etiam, quando Rex factus est furiosus, & demens, hoc idem quoque erit seruandum, quando Regina incidit in furorem, & dementiam, adeoque per Proceres, magnates, & consiliarios Regni erit prouidendum de tutore; hocque signanter statuunt *Gregorius Lopez in d. l. 3. in glosa Perdiesse el sentido in fin.*, *Ioannes Gutierez de tut. & curat. d. c.18. num. 35.* His tamen non obstantibus in hoc casu probabilius sentirem, Regnum administrandum per eius maritum, si fuerit idoneus, & maximè, si ex eadem vxore babuerit filios, & hanc opinionem æquam etiam existimat *Gutierez loc. cit.*, quamuis de rigore contrarium obseruandum existimet innixus dispositione *d.l.3. tit. 15. part. 2. cum ibi adnotatis.* Expresè tamen nostram sententiam sustinet *Palacius Rubeus loc. supra citato.* Rationem ex eo deduco, quia ex generali regula maritus est curator vxoris suæ, & filiorum suorum; nec prædicta lex aliquid euincit in præsenti casu, quandoquidem illa procedit dumtaxat, quando non est facta prouisio puero Regi, vel à testatore, vel à lege, quia tunc præscribit formam seruandam in electione; in hoc autem casu existentiæ mariti idonei stante vxore furiosa, vel demente iam a lege sufficienter prouisum intelligitur in persona eiusdem mariti, adeoq; ad illam formam non est recurrendum; Ad hoc etiam plurimum facere videntur ea, quæ supra diximus, quod scilicet existente tutore legitimo etiam respectu filij Regis non sit locus electioni tutoris, seu tutori datiuo.

34 Si Regina nupserit immediatè post 12. annũ, & facta esset amens, vel furiosa, administratio Regni, secundũ aliquos pertinere deberet ad proceres, & consiliarios secũdum iura Hispaniarum.

35 Congruẽtius tamẽ Regnum esset administrãdum per eius maritum.

36 Tutor Regis Hispaniarum electus per Proceres, & consiliarios, secundum aliquos indigere decreto.

Tertio emergit resoluendum, an, quando electio tutorum respectu Regis pueri facta est per Proceres, Magnates, Prælatos, Consiliarios, aliosque iuxta modum supradictum, tutores sit electi indigeant decreto, vt immittantur in possessionem eiusdem tutelæ, & administrationem? Nonnulli apud *Gutierez d. c.18. nu.41.* arbitrantur, vtique indigere

tali

tali decreto, quod vtique præstandum sit in Regnis Hispaniæ per supremum consilium Regale, quod est primum in toto Regno, nam licet in d.l.3.tit.15.partit.2. nulla fiat mentio de tali decreto, exigitur tamen ex alijs dispositionibus iuris communis,&c, cum in leg. Reg. hoc fuerit omissum, reducendum est ad terminos iuris communis, secundum quos requiritur tale decretum. Nihilominus, quia leges Regni non ad consilium supremum Regale electionem decernunt, sed ad proceres Regni, Prælatos, scilicet & alios in vnum congregatos, prout in d. l.tertia tit. 15. partit.2., nec aliquod

37 Secundû alios congruentius non indiget tali decreto. decretum præter electionem talem exigunt excepto iuramento ab electis præstando iuxta formam ibi præscriptam, ideo arbitror, vel tale decretum non requiri, vel implicitè contineri in tali electione fie auctorante eadem lege.

38 An tutores Regis possint leges condere remissiuè. Quarto emergit resoluendum, an tutores siue testamentarij, siue legitimi, siue electi iuxta formam supra præscriptam possint leges condere? Late pro vtraque parte disputat *Caldas Pereira in repet. l. si curatorem habens verb. sine curatore constitutus num.* 118. *C. de in integ. restit. min.*, & tandem concludit, consultius foret, vt non ferantur, nec promulgentur, nisi eum consilio, & suffragio Magnatum, conuocatisque Ciuitatum, & Regni procuratoribus. Eundem Caldam Pereyram vos consulite.

PRÆNOTIO XXVII.

De Curatoribus secundum se.

SVMMARIVM.

Varia curatorum genera remissiuè. 1.
Communius docent, quod curatores testamento dari nequeant.2.
Assignantur variæ rationes, cur testamento dari possint tutores, non curatores. 3.
Si Pater filijs impuberibus tutorem dederit cum onere, vt sit curator etiam vsque ad perfectam ætatem, vtique tenet talis datio. 4.
Si Pater instituerit maioratum in fauorem sui primogeniti, eique curatorem dederit vsque ad completam ætatem, vtique tenet talis curator. 5.
Si curator datus à Patre in testamento filijs puberibus sit futurus manifestè vtilis ipsis, est à Iudice confirmandus. 6.
Hoc secundum aliquos verum tantum est de iure Hispano, non sic de iure communi. 7.
Secundum veritatem tamen verificatur etiam de iure communi. 8.
Si Pater testamento filio furioso, & mente capto curatorem dederit talis datio simpliciter tenet. 9.
Si per extraneos fuerint hæredes instituti; & eisdem testamento datus curator, vtique hic tenet. 10.
Non existentibus curatoribus testamentarijs non aperitur locus datiuus, si extent legitimi. 11.
Et ex dispositione iuris præferuntur proximiores in gradu. 12.
Et in ordine ad filium emancipatum primo loco venit eius Pater. 13.
Deinde Auus Paternus, postea Mater, & Auia. 14.
Non existentibus nec testamentarijs, nec legitimus dandi sunt minoribus, vel etiam maioribus, sed amentibus, & furiosis per Iudicem. 15.
In ordine ad dandum curatorem furiosis, & mentecaptis non est necessaria citatio. 16.
In ordine ad prodigos secundum aliquos est necessaria citatio. 17.
Nec etiam in ordine ad ipsos est necessaria, si sint notoriè tales. 18.
Nec est necessaria inquisitio super huiusmodi vitijs, si de illis notoriè constet. 19.
Benè tamen, si notoriè non constet, & potest esse dubietas de fictione. 20.
Expediens tamen foret ad vitandas fraudes, vt fieret. 21.
Si Iudex certioratus de huiusmodi vitijs differat ad dandos curatores, & interim damna oriantur, tenetur illa reparare. 22.
Sententia asserens curatores inuitos dari non posse. 23.
Limitatur tamen primo hæc sententia, quando vrget necessitas existentibus in periculo, nec subueniri possit, nisi per deputationem talis curatoris. 24.
Secundo ita exigente commoditate, & quomodo. 25.
Tertio, quãdo esset necessaria persona ad legitimationem, & integrationem, vt possit stare in iudicio. 26.
Quarto, quando esset necessarius ad lites siue actiuas, siue passiuas. 27.
Sententia asserens, curatores etiam inuitos dari posse. 28.
Si curator datur non solum in ordine ad res, sed etiam ad personam potest inuitus dari, secus, si ad res tantum. 29.
Regulariter quolibet curator dari potest, qui à iure non prohibetur. 30.
Extipiuntur casus, in quibus extipiuntur tutores. 31.
Regulariter ijs omnibus dari possunt curatores, qui rebus suis superesse nequeunt. 32.
Dantur minoribus vsque ad 25. annum. 33.
Dantur furiosis, & mentecaptis, etiam si excesserint 25. annum. 34.
Nonnulli volunt furiosis, & mentecaptis, quamuis pupilli non sint, dandos esse tuto-

 res,

res, non curatores, sed repelluntur. 35.

Si furiosi, & amentes non fuerint tales pro omni tempore tunc curator est talis etiam pro tempore, quo habēt dilucida interualla, pro illo tamen tempore nequit administrare. 36.

Si filius familias inciderit in furorem, vel amentiam, eius Pater, vt Pater ipsum regit. 37.

Si verò fuerit emancipatus, & incideret in furorem, & amentiam Pater ipso iure est eius legitimus curator. Ibid.

Si Pater existente filio sana mentis factus fuerit furiosus, & delirans, filius dandus est Patri curator. 38.

Filius in hac hypothesi secundum aliquos respectu Patris dici deberet curator datiuus. 39.

Melius tamen esset dicendus legitimus. 40.

Etiam si Mater facta esset furiosa, vel amens non existente Patre esset eiusdem Matris curator legitimus. 41.

Sententia asserens, Matrem non posse esse curatricem filij furiosi, & amentis. 42.

Potest tamen congruentius esse, si velit. 43.

Explicatur textus in l. cum repudiante C. de curat. fur. 44.

Non existente Patre, & Matre frater, si sit perfectæ ætatis, & idoneus, est curator fratris furiosi, & amentis. 45.

Etiam prodigis dari possunt curatores. 46.

Etiam si ipsi non petant, petentibus coniunctis. 47.

Et etiam Iudex ex officio dare potest, si notoriè constet de prodigalitate. 48.

Et, si sit notoriè talis, non est citandus, nec facienda inquisitio. 49.

Huiusmodi prodigis, antequam detur curator, interdicenda est bonorum administratio. 50.

Si ante interdictam administrationem bona alienauerint, tenet alienatio. 51.

Nisi vitium prodigalitatis fuerit tale, vt obtundat aciem iudicij. 52.

Pendente lite super interdictione bonorum, si facta fuerit alienatio, hæc non tenet. 53.

Si pendente tali lite prodigus alienauerit, & deinde fuerit per sententiam absolutus à iudicio, adhuc secundum aliquos non teneret alienatio pendente lite facta. 54.

Teneret tamen, si perseuerauit in illo actu alienationis. 55.

Interdicta per sententiam definitiuam administratione, à qua fuerit appellatum, hæc non tenet. 56.

Facta interdictione super administratione bonorum prodigus non potest de rebus suis disponere sine consensu curatoris. 57.

Facto interdicto per Iudicem habitationis, eoque publicato non potest prodigus bona alibi sita distrahere. 58.

Si facta publicatione interdicti extraneus incola alterius Prouinciæ ignorauerit interdictum, & contraxerit cum prodigo, probabiliter tenet contractus. 59.

Probare tamen tenetur ignorantiam. Ibid.

Interdicta administratione prodigo, qui tamen verè talis non est, interdictio tenet, donec per appellationem fuerit reuocata. 60.

Post interdictam administrationem, si prodigus factus fuerit notoriè sagax, & prudens, est restituendus. 61.

Requiritur, quod quod per biennium permanserit in sagacitate. 62.

Nec in hoc requiritur sententia. 63.

Si prodigus post interdictam administrationem, & datum curatorem contrahat, & iuramento firmet contractum, probabilius etiam ex illo contractu non obligatur. 64.

Prodigus post interdictam administrationem, si delinquat, non vitat pœnas. 65.

Intellige, secundum aliquos, si delinquat in committendo, non in omittendo. 66.

Dari possunt curatores continuo lusori, & fœminæ prodigè, & luxuriosè viuenti. 67.

Secundum Glosam non solum fœmina intelligitur luxuriosè viuere, quæ lasciuè viuit, sed etiam, quæ nimis vtitur muliebribus vanitatibus. 68.

Secundum Montanum intelligitur solum fœmina, quæ prodigali luxuria in vestibus, alijsque vanitatibus vtitur. 69.

Masculo luxuriosè viuenti non interdicitur administratio. 70.

Etiam si fœminæ lasciuè viuenti esset administratio interdicenda, non tamen esset masculo interdicenda. 71.

Etiam captiuis, quantumuis maioribus, possunt dari curatores. 72.

Etiam absentibus curatores dari possunt. 73.

Etiam muto, atque surdo dari possunt. 74.

Etiam cæcis. 75.

Etiam ventri prægnanti. 76.

Etiam hæreditati iacenti. 77.

Quandonam dicatur hæreditas iacens. 78.

Curator hæreditati iacenti, quandoque datur ad instantiam creditoris, quandoque generaliter. 79.

Quænam requirantur, vt validè detur hæreditati iacenti. 80.

Hic curator à Iudice datus potest petere, immitti in possessionem hæreditatis iacentis, aliaque præstare, & quænam. 81.

Habet curator hæreditatis iacentis ius hypothecæ in bonis eiusdem cum prælatione pro salario. 82.

Curator potest dari pro tempore, pro quo disputatur, an hæreditas sit iacens, nec ne, ad effectum vt iudicium reddatur vndequaque validum. 83.

Potest curator etiam dari Ecclesiæ vacanti, si vacatio sit diutina futura. 84.

Etiam potest dari bonis eius, qui eisdem cessit. 85.

Quænam sint munera huius curatoris. 86.

Po-

Potest etiam dari curator ad lites pupillo citatis consanguineis, & amicis. 87.

Intellige, quando pupillus caret tutores. 88.

Vel, quando lis esset cum tutore. 89.

Non potest curator pupillo ad lites constitui per literas. 90.

Sententia negans, curatores ad lites pupillo posse inuitos constitui. 91.

Melius tamen possunt inuiti compelli. 92.

Etiam pupillis inuitis possunt constitui. 93.

Huiusmodi curatores, vel possunt constitui ad vniuersitatem litium, vel ad aliquam in particulari. 94.

Si curator datus fuerit ad litem nulla facta restrictione ad aliquam in particulari præsumitur datus ad vniuersitatem. 95.

Curatorem ad lites potest dare ille Iudex, qui litibus præest, quamuis fuerit delegatus. 96.

Curator ad lites probabilius potest reuocari. 97.

Curator ad lites non tenetur ad omnia onera, ad quæ tenentur alij curatores, & præcipuè non tenetur ad confectionem inuentarij. 98.

Exceptis curatoribus ad lites cæteri tenentur inuentarium conficere, antequam administrent. 99.

Contra curatorem, qui non confecit inuentarium, iuratur in litem. 100.

Cæteri curatores tenentur satisdare rem pupilli, seu eius, cuius curam gerunt, saluam fore. 101.

Satisdatio debet esse per idoneos fideiussores. 102.

Licet in præcedentibus multa promiscuè diximus de tutoribus, & curatoribus, placet tamen singillatim ea, quæ sunt propria curatorum, distinctè, & specialiter inuestigare. Multa curatorum genera in ordine ad diuersas res recenset, & enumerat *Paulus Montanus de tut., & curat. c.27. per tot.*, quorum cognitio potius ad eruditionem pertinet, quam faciat ad præsens Institutum. Nos illa omittentes restringimur ad ea, quæ ad præsentem materiam pertinere possunt, & nomine curatoris generalitèr intelligimus eum, qui præpositus est alicui, quique potestatem habet administrandi bona eius, qui vel ob ætatem, vel ob mentis, corporisq; vitium suis rebus non potest superesse, iuxta textum *in l.2. ff. de curat. furios. l. his, qui ff. de tut., & curat. dat. ab his §. sui, & mente captis instit. de curat.*

1
Varia curatorum genera remissiuè.

Circa huiusmodi curatores sequentes ordinem, & normam, quem, seu quam seruauimus supra circa tutores, inuestigabimus primò, an æquè curatores possint esse testamentarij, legitimi, ac datiui, sicuti tutores; hoc est, an possint per testatorem constitui? an agnati, seu cognati in gradu proximiores tanquam legitimi sint alijs, exceptis testamentarijs præferendi, & an per Iudicem dari possint? Secundo, quinam curatores dari possint? Tertio, quibusnam dari possint? Quarto, quando, & quomodo? Quinto, an æquè huiusmodi curatores satisdare teneantur, & conficere inuentarium, & similia, sicut tutores, & alia huiusmodi.

Articuli examinandi circa præsentem titulum.

In ordine ad primum, an scilicet possint esse æquè curatores testamentarij, legitimi, & datiui, sicuti tutores; speciatim per singulas has tres species discurrendum est; & quidem quoad testamentariam curam tradunt satis communitèr, quod curatores nequeant testamento dari *Modestinus in l. fin. ff. de confirm. tut., Decius in l. qui tutela §. nemo ff. de reg. iur., Gutierez de tut., & curat. c. 19. num. 28.*, quod probat per textum *Reg. in l. 13. tit. 16. partit. 6.*, & per textum *in §. 1. Instit. de Curat. in vers. sed curatorem, & in l. 1. §. fin., & l. 3. in vers. an autem ff. de conf. tut., & in l. tutela §. curator C. de testam. tut., & l. curatorem C. de negot. gest.* Quod, si dicatur, quod testamento possunt dari per patrem tutores filijs, vel etiam per extraneos, quando impuberes instituerunt hæredes; adeoque non sit, cur etiam non possint instituere testamento curatores, quando sunt in minori ætate constituti, vel mentis, seu corporis vitio laborant; tunc varijs rationibus conantur differentias assignare scribentes *in §. dantur Instit. de curat.* Nonnulli, inter quos *Decius in l. quo tutela §. nemo ff. de reg. iur., Socinus Iunior cons. 97. pro resolutione n. 15. lib. 1.* dicunt differentiam in eo consistere, quod curator non datur inuito, sed petenti, per textum *in §. item inuiti instit. de curat.*, tutor autem datur etiam inuito, per ea, quæ supra probauimus. Alij dicunt, inter quos *Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 19. n. 29.*, quod in lege 12. tabularum fiat dispositio solummodo de tutela, non verò de cura, adeòq; non debeat ab vno ad alterum fieri extensio, quod etiam probat *Caldas Pereyra in repet. d. l. si curatorem habens in part. sine curatore constitutus n. 62. C. de in integ. restitut. min.* Alij, inter quos *Portius in §. sed curator n. 4., & ibi Angelus in princip. vers. nota quod licet instit. de curat., Alexander cons. 3. num. 8. lib. 2.*, dicunt maiorem habere patrem potestatem in datione tutoris, quia tutor datur principalitèr personæ. Alij, inter quos *Cuiacius lib. 7. obseruat. num. 6.* dicunt curatorem dari adultis, tutorem impuberibus, adeòq; adultum posse sibi prouidere, non sic impuberem. Alij alia.

2
Communior sententia docet, quod curatores testamento dari nequeant

3
Assignatur variæ rationes, cur testamento dari possint tutores, & nō curatores.

Ego

4 Si Pater testamento filijs impuberibus tutorem dederit cũ onere, vt sit curator vsque ad perfectã ętatem, vtiq; subsistit.

Ego autem in hac quæstione plura dico. Primo, quod, si pater testamento filijs impuberibus tutorem dederit, adeò vt idem tutor post impubertatem perseueret, vt curator, donec ad maioritatem peruenerint, vtique talis curator subsistit etiam inuitis eisdem filijs. *Andreas Gailus, Cæsar. Maresc. Consiliarius lib. 2. pract. obseruat., obseruat. 96. nu. 1., Paulus Montanus de tut., & curat. c. 37. num. 86.*, qui ambo testantur de communi consuetudine omnium ferè regionum, quæ consuetudo certè habet vim legis, & derogat iuribus supra allegatis; pro quo etiam facit id, quod habet *Montanus de tut. c. 38. n. 50.*, vbi asserit, quod, si testator voluerit, vt filij sui impuberes manerent sub tutela, & cura talis tutoris respectiuè ad tempus impubertatis, & pubertatis vsque ad 25. annum eorum ætatis, non possint ijdem filij adueniente pubertate etiam ex concessione Principis contrahere sine consensu eiusdem curatoris distrahendo, alienando &c. nisi in concessione eiusdem Principis interueniat grauis, & vrgentissima causa; ex quibus deducitur, quod filij obligentur perseuerare sub cura per patrem testatorem eisdem assignata; si etenim non possunt liberè contrahere stante illa ordinatione testatoris, vt maneant sub cura illius, quem ipse in testamento assignauit, vtique sequitur, quod nequeant ab illo curatore recedere.

Rationes pro hac resolutione.

5 Si Pater maioratum constituerit in fauorem filij primogeniti, assignato ei curatore vsq; ad completam ætatem vtique tenetur illi curæ subesse.

Dico secundo, quod, si pater filio primogenito sibi in maioratu successuro testamento curatorem dederit, vsque quo peruenerit ad 25. suæ ætatis annum, illum filius minor accipere teneatur, nec possit ipsum recusare *Palaez de maioratu part. 4. q. 37. nu. 3., Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 19. num. 3.* Hoc tamen intelligendum est, quando per ipsum patrem in fauorem eiusdem primogeniti institutus est ille maioratus in ijs bonis, in quibus de iure potest præiudicare cæteris filijs; & ratio est, quia pater in ijs bonis, quæ speciali quadam ratione ex speciali beneficentia confert alicui ex filijs, & in quibus specialitèr ipsum instituit, potest quamcunq; legem apponere, ergo, si apponat, quod sic institutus non possit administrare, nisi cessante in ipso minoritate, & interim per alium ab ipso testatore electum administrentur, vtique hæc lex erit seruanda, nec poterit primogenitus sic institutus ab illa recedere; Nec in hoc casu sic institutus tenebitur solum subesse illi curæ vsque ad ætatem præscriptam quoad illa bona, quæ subsunt maioratui, sed etiam quoad cætera bona, quæ ipsi à patre titulo simplicis hæreditatis obuenerunt; & ratio est, quia potuit pater conferre illud beneficium maioratus posita illa conditione subiectionis ad curam, & nolle conferre illa non posita, &, cum de facto disposuerit, quod perseueret sub tutela, donec ad maioritatem peruenerit, intelligitur voluisse sub illa conditione. Hæc omnia confirmari possunt ex textu *in l. fin. ff. de confir. tut.* Quid autem sentiendum sit, si ille maioratus fuerit non ab ipso patre constitutus, sed ab ascendentibus, vel ab alijs, tunc dicendum erit idem, quod infra dicetur, dum de curatore quoad alia bona debita ex vi suitatis ipsi filio, seu filijs, licet in hoc possit esse specialis ratio, eum alio iure sint debita ipsi primogenito, de qua re etiam infrà.

6 Si curator datus à Patre in testamento filijs puberibus manifestè sit futurus vtilis filijs est à Iudice confirmandus.

Dico tertio, quod, si curator datus à patre in testamento filijs egressis limites impubertatis, manifestè sit futurus vtilis eisdem filijs debeat à Iudice confirmari. In hoc consentiunt *Gregorius Lopez in reg. leg. 13. tit. 16. part. 6. in glos. deuelo confirmar, Palaez de maiorat. 4. part. q. 37. n. 2. fol. 524., Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 19. n. 30., & 31.*, quia, licet videantur tantum procedere secundum ius Hispanum, attenta *d. l. 13.*; asserit tamen idem *Gutierez* allegatis *Odofredo, & Ioanne de Platea*, quod hoc etiam procedit, attento iure communi, quod fortè habetur *in l. si filio ff. de conf. tut.*, quæ videtur necessitatem confirmationis importare per ly *debebit*, quod habetur in allegato textu. Hoc indubitatum asserit idem Gutierez, attento iure Hispano, nam, cum textus *in d. leg. Regia 13.*, dixerit, quod adolescentes curatorem nõ recipiant, immediatè subdit, quod, si curator detur in testamento, debeat confirmari. Sed attento iure communi non videtur ità clarum, quandoquidem textus ille *in d. l. si filio ff. de confir. tut.*, videtur tantum habere locum, teste *Montano de tut., & curat. c. 29. nu. 18.*, quando ipse minor, seu minores petierint confirmari, seu consenserint confirmationi; vndè etiam *Glosa in d. l. si filio*, ait dationem curatoris in testamento etiam solemni non subsistere, per textum *in §. 1. in vers. sed curatorem instit. de curat.* Nihilominus, quando manifestè apparet, quod talis testamentaria datio curatoris futura sit vtilis eisdem minoribus, non video, cur absolutè etiam eisdem renuentibus non sit confirmanda, hoc expresè disponente eodem textu *in d. l. si filio ff. de confirm. tut.*, quæ, cum disponat per verba importantia necessitatem, nempè *debebit*, vtique debet intelligi cum vi coactiua, & obligante;

7 Hoc secundum aliquos verum tantũ est de iure hispano.

8 Secundũ veritatẽ tamen verificatur etiam de iure cõmuni.

gante; Neque in hoc obesse possunt textus *in d. §. 1. in vers. sed curatorem instit. de curat., & in l. 1. §. fin. ff. de confirm. tut., & in l. tutelæ §. curator C. de testam., & in l. curatorem C. de negot. gest*, Non, inquam, obesse possunt, quia huiusmodi dispositiones, vel sunt iam contraria consuetudine sublatæ, vel intelligendæ sunt, quando nulla in tali datione apparet vtilitas *Ioannes Gutierez de tut., & curat. d. part. 1. c. 19. nu. 30.* Ibi- *Si tamen vtilis sit pupillo, alias enim Iudex non debet eum confirmare*, vel tandem dic, huiusmodi testamentarios curatores non habere locum, nisi per Iudicem confirmentur ad diferentiam tutorum, qui, quando dati sunt in testamento valido, & solemni, non indigent confirmatione.

Solutio contrariorum.

Dico quarto, quod, si pater testamento filio furioso, & mentecapto, quantumuis adulto curatorem dederit, talis datio simplicitèr teneat *Baldus, & Castrensis in l. curatorem tibi C. de negot. gest., Nicolaus Eucrardus in loco à lege ad testatorem, Montanus de tut., & curat. c. 29. n. 15.* Hoc expressè colligitur ex textu *in l. cum furiosus §. sed cum antiquitas in vers. & si quidem parens ff. de curat. furios.* Ratio autem ex eo deducitur primò, quia furiosus, & mentecaptus æquiparantur pupillis, cum non plus habeant regularitèr iudicij, ac habeant ipsi pupilli; adeoq; sicuti illis testamento dantur tutores, ita, & istis curatores. Secundo, quia furioso, & mente capto curator specialitèr datur personæ, & secundario rebus, per textum *in l. consil. ff. de curat. furios.*, non enim furiosus potest sibi consulere, sicuti nec pupillus. Tertio, quia inter cæteras differentias, quas assignant DD. inter tutores, & curatores, cum tutores dentur inuitis, non sic curatores, ea potissimum est, quia, cum curatores dentur adultis, & tutores impuberibus, illi possunt sibi consulere, non sic isti, quæ ratio, nullo modo potest subsistere in adultis furiosis, qui nullatenus possunt sibi prouidere.

9 Si Pater testamento filio furioso, & mentecapto curatoré dederit, tenet talis datio.

Rationes pro hac resolutione.

Dico quinto, quod, si per extraneum instituantur minores hæredes, per eundem extraneum testatorem possint validè testamento eisdem constitui curatores, quousque peruenerint ad maioritatem, seu ad 25. suæ ætatis annum. *Decius in l. quo tutela §. nemo n 6. ff. de reg. iuris, Baldus in §. sed curator instit. de curat.* per textum *in l. si patronus ff. de confir. tut., Montanus de tut., & curat. c. 29. num. 15. in fin.* Ratio est, quam supra adducebamus de patre institutore maioratus in ordine ad primogenitum, quem potest grauare cura vsque ad vigesimum ætatis eiusdem annum, quia scilicet, cum sit liber ad instituendum, & non instituendũ hæredem illum extraneum minorem, potest quamcumq; legem sibi beneuisam rebus suis apponere, & obligare eundem hæredem ad eandem legem seruandam, si velit easdem res acquirere, ergo potest eidem hæredi imponere onus sistendi sub curatione illius, quem ipse testamento dederit vsque ad maioritatem ætatis, quæ habetur in 25. anno, hocque etiam potest euinci ex textu *in d. l. fin. ff. de confir. tut.*

10 Si per extraneos fuerint minores instituti hæredes, & eisdem testamento datus curator vsque ad perfectã eorum ætatem, vtiq; tenet talis curator.

Non existentibus deindè curatoribus testamentarijs, certum est, non aperiri locum datiuis, si existant legitimi, prout habetur *in l. sæpè ff. de curat. furios., Tiraquel. in suo tract. de pænis, causa 2. in fin., Andreas Alciatus in l. sæpè ff. de verb. signif.* Ibi- *Agnatorum, gentiliumque in eo, pecuniaque eius potestas esto*, quæ quidem verba, *Agnatorum, gentiliumque*, intelligenda sunt ordine successiuo, vt primum agnati, deindè his nõ existentibus gentiles curatores legitimi intelligantur *Iacobus Reuardus ad leg. 12. Tabul. c. 13.* vnde etiam in ordine ad furiosos, & mentecaptos emanauit rescriptum Marci, & Commodi Imperatorum *in l. Diuus ff. de offic. Præsid.* sub grauibus pænis puniens Agnatos, si eos oscitantèr custodiant, & in cura delinquant.

11 Non existentibus curatoribus testamẽtarijs, non aperitur locus datiuis, si existant legitimi.

Hinc tradunt pro regula DD., quod, sicuti in tutela pupillorum præferuntur ex dispositione iuris proximiores in gradu, & qui habent ius immediatius successionis, ita etiam, qui præferuntur in successione ob maiorem proximitatem in gradu, præferantur in cura minorum *Bartolus in l. 1. ff. de legit. tut., Salicetus in l. vlt. C. eod., Angelus in §. actionum nu. 32. Instit. de act., Cagnolus in l. Quo tutela ff. de reg. iur., Decius conf. 16. n. 3.*, quod etiam voluisse videtur *Ioannes Gutierez de tut., & curat. c. 19. nu. 8.*, vbi, cum dicat, quod deficientibus legitimis curatoribus veniendum sit per Iudicem ad constituendos datiuos, videtur per consequens à contrario sensu velle, quod, si existant legitimi, non sit locus datiuis.

12 Ex dispositione iuris, præferuntur proximiores in gradu.

Primo autem loco in ordine ad filium emancipatum minorem, vel etiam maiorem, sed furiosum, mentecaptum, vel prodigum venit tanquam legitimus pater, iuxta ea, quæ in præcedentibus diximus; secundo loco Auus paternus; tertio mater, & Auia, quæ tamen non veniunt, vt iustæ, sed vt voluntariæ, si scilicet voluerint iuxta ea, quæ diximus supra, dum de tutela. Quoad has tamen aduertendum est, quod, quantumuis ex vi statutorum per agnatos excluderentur

13 In ordine ad filium emancipatum, primo loco venit eius pater.

tur

tur à successione, non tamen excluderentur à cura filiorum, si vellent eam assu-

14 Deindè Auus paternus, posteà mater, & Auia.

mere, prout notant *Decius consf. 16.*, & *Montanus de tut., & curat. c. 28. num. 78.*, & sic successiuè alij iuxta ordinem graduum propinquitatis, & successionis.

Non extantibus deindè curatoribus, nec testamentarijs, nec legitimis dandi sunt, vel minoribus, vel etiam maioribus laborantibus vitio furoris, dementiæ, vel prodigalitatis per Iudices, ad nor-

15 Non extantibus testamentarijs, & legitimis, aperitur locus datiuis, siue in ordine ad minores, siue ad mentecaptos, & furiosos.

mam eorum, quæ diximus, dum de datione tutelæ, quæ propterea sunt recolenda. Solum hic nonnulla quoad officium Iudicis dantis huiusmodi curatores sunt examinanda, & primo, an requiratur ad huiusmodi dationem citatio? Secundo, an inquisitio? Tertio, an datio huiusmodi fieri debeat solummodo ad instantiam eorum, qui petere tenentur curatores, an verò etiam ex officio Iudicis sine vlla requisitione? Quarto, an Iudices differentes, seu negligentes dare huiusmodi curatores subeant aliquam pœnam, & quanam? In ordine ad primum, quod solum procedit quando furioso, vel prodigo adultis dan-

16 In ordine ad dandū curatorē furiosis, & mentecaptis, non est necessaria citatio.

dus est curator, an scilicet debeat præcedere citatio? Video in hoc diuersimodè procedere DD. in ordine ad furiosos, & mentecaptos, & in ordine ad prodigos, nam quoad furiosos, & mentecaptos, non esse necessariam huiusmodi citationem, tradunt *Decius 274. num. 5. in fine*, vbi etiam dicit hac esse opinionem communem, & *Federicus Schench in triade sua forensi c. 5., & 6. part. 2.* quem maximè commendat *Montanus de tut., & curat. c. 28. n. 7.*, quoad prodigos verò DD. acriter inter se pugnant, & quidem requiri

17 In ordine ad prodigos secundum aliquos necessaria est citatio.

talem citationem tradunt *Angelus in l. is cui ff. de verb. oblig. vers. an autem*, *Hieronymus Cagnolus in l. furiosi ff. de reg. iur.*, *Carolus Ruinus consf. 89. lib. 5.*, *Claudius Aquensis in d. l. is cui*, & *ibi Castrensis*, & *Alexander*, *Molina in d. l. furiosi ff. de reg. iur.*, addita etiam ratione, quia, cum agatur de eius prodigi præiuditio in ablatione administrationis, vtique videtur audiendus, adeoque debet citari, antequam curator eidem assignetur, per textum *in l. nam ita Diuus ff. de adopt.* Ex aduerso alij negant, quando est notoriè prodigus, requiri talem citationem *Decius d. cons. 274.*,

18 Nec etiā in ordine ad ipsos est necessaria, si sint notoriè tales.

& *in d. l. furiosi ff. de reg. iur.*, & *ibi in addit. Hieronymus Cusalonus*. Sentio, nec esse necessariam huiusmodi citationem, quoad furiosos, & mentecaptos, nec quoad prodigos, quando sunt notoriè, & euidentèr tales, quandoquidem eorum remotio ab administratione procedit à dispositione iuris, per textum *in §. furiosi instit. de curat.*, &, vbi constat de furore, dementia, & notoria prodigalitate, non est necessarium examen super eisdem. In ordine ad secundum dico, 19

19 Nec est necessaria inquisitio super huiusmodi vitijs, si de eisdem notoriè constat.

nec esse necessariam inquisitionem super huiusmodi vitijs, quando de eisdem euidentèr, & notoriè constat, benè tamen, vbi potest aliqua dubietas, & suspicio fictionis, quandoquidem aliquando aliqui furorem, vel dementiam fingunt, vt onera ciuilia detractent; vndè *Vlpianus in l. obseruare ff. de curat. furiof.*, monet Iudices, vt in hoc cautè procedant, *ne cui temerè citrà causæ cognitionem plenissimam curatorem det*, vbi nota illam parti-

20 Bene tamen, si notoriè non constet.

culam, *temerè*, quod esse non potest, quando etiam sine cognitione iuridica, euidenter, & palam constat de furore, vel dementia; in tantum enim iuridica inquisitio requiritur, in quantum per illam debet cōstare de illis qualitatibus; vndè, cum de illis euidentèr constet sine tali inquisitione, vtiq; hæc non erit necessaria. Verum tamen est, quod, cum possint subesse fraudes, expediat, vt re-

21 Expediēs tamen foret, vt fieret.

gularitèr huiusmodi inquisitio fiat, quod etiam videtur innui *in l. 1. C. de curat. furiof.*, & *l. nec mandante §. fin. ff. de tut., & curat. dat. ab his*. In ordine ad tertium, dicendum est, quod, si Iudex certioratus de huiusmodi vitijs differat, seu negligens sit in dandis curatoribus, teneatur ad damna, quæ interim obuenerunt

22 Si Iudex certioratus de huiusmodi vitijs, differat ad dandos curatores, tenetur de damnis.

Hieronymus Gratus consf. 105. num. 8. lib. 2., quod probat, per textum *in l. 1. §. sciendum*, & *per tot. tit. ff. de magistrat. conuen.*, *Montanus de tut., & curat. d. c. 28. num. 8.*, ex quibus respondetur ad tertium, quod possit Iudex ex proprio officio huiusmodi furiosis, & amentibus dare curatorem, cum hoc pertineat ad publicū munus, & maximè spectet Reipublicæ præcauere damnis, & consulere indemnitati eorundem. Sed de hoc fortè infra occurret sermo vberior.

His habitis quoad constitutionem curatorum iam aperitur via ad id, quod secundo loco fuit propositum in principio prænotionis. Quinam scilicet curatores dari possint? Sed, antequam deueniamus ad particulares personas, quæ dari, vel non possint dari curatores, placet primo dissoluere illam difficultatem, quam passim examinant DD. inquirentes, an curatores inuiti dari possint? Plurimi asserunt curatores inuitos dari non

23 Sententia asserens curatores inuitos dari non posse.

posse *Angelus in §. permissum nu. 6. instit. de tut. per textum in l. 2. §. quæritur ff. de curat. bon. dand.*, *Salicetus in l. tutor ff. de negot. gest.*, *Baldus in l. fin. §. sed, & si quis col. 3. per textum, ibi in verb. noluerit C. commun. de legat.*, addita etiam ratione, quia licet

munus

munus tutoris sit publicum, non sic illud curatoris; limitant tamen nonnulli hanc opinionem in aliquibus casibus;

24
Limita, primo quando vrget necessitas, nec aliter subuenici potest.

& primo, quando vrget necessitas, existentibus scilicet rebus in periculo, & non possit alitèr subuenici, nisi pec deputationem curatoris, & hæc limitatio espressè habetuc *in d.l.2.§.quærit.ff.de cur.bon.dand. & ibi Glos.& Angelus*. Secundo, quando ita exigit commoditas, quando scilicet non reperituc alius vicinus idoneus, qui possit congcuè administrare, licet in locis dissitis alius possit inueniri *Baldus in l. 1. ff.vbi pupill.educ.deb., Francisc Curtius in tract. de seque. q.2.*

25
Secundo, ita exigente cõmoditate, & quo modo.

Tectio in casu, quo esset necessaria persona ad legitimationem, & integrationem minoris, vel furiosi, vel amentis, vt possint stare in iudicin; tunc etenim per Iudicem ad hunc effectum potest dari curatoc inuitus, quia tunc eucatin est munus publieum per textum *in l.1.& l.2. ff. de excus. tut.*

26
Tertio, quando esset necessaria persona ad legitimationẽ, & integrationẽ personæ, vt possit stare in iudicio.

Quarto, quando esset necessarius in ocdine ad lites siue actiuas, siue passiuas minocis, fuciosi, vel amentis, tunc etenim etiam inuitus daci posset per Iudicem, & obligaci ad hoc mnnus *Ioannes Faber in §. item inuiti Instit.de curat., Bartolus in l. eandem ff.de duob.reis*, & licet in hoc *Angelus Instit.de curat. in princip. in vers.quid è contra*, videatur contradicere, existimans inuitum dari non posse per textum *in l.qui habet §.si pupillus ff. de tutel.* vbi dicitur, quod nemo, nisi præsens curatoc daci possit; in hoc tamen communiter reijcituc, & DD. vt plurimum afferunt in iudicijs ex communi practica dari, vt testantuc *Neuizanus cons.17.n.55., Mysingerius obseru.31. cent.2.*

27
Quarto, quando esset necessarius ad lites, siue actiuas, siue passiuas.

Quamnbrem ad allegatū textum *in d.l.qui habet §. si pupillus ff. de tut.* dicendum est, illum textum solum præseribece formam, qua dandus est a Iudice curatoc, vt scilicet tàm ipse, quam ille, cui est dandus, sit præsens, non autem ibi esigitur, vt ipse dandus sit consentiens, vt es eodem manifestè apparet; vel dic *cum Marco Mantuano sing. 682.*, quod inuitus ad lites non detur cum omnibus oneribus, cum quibus dantur cæteci curatores, adeout teneatur facere inuentarium, & alia &c., benè tamen, quantum ad munus defendendi in tali lite &c. Dici etiam potest, & fortè melius *cum Gutierez de tut.& curat. part.1.c.19. num.17.vers. non obstat primum*, quod ibi nnn frustra requiratuc præsentia, quia requirituc, vt pcæstet iuramentum, nnn vt consentiat.

Alij è contca àbsolutè asserunt, curatores etiam inuitos dari posse *Bartolus in l.illud ff.de tut, & curat. dat.ab his, Ioannes Gutierez de tut.& curat.c.19.part.1.n.12., Salicetus in l.1. C.qui pet.tut., Gregorius Lopez in d.l.Reg.13. in glos. Apremaidor*, qui volunt hoc intelligi, siue dentuc pcincipaliter negotijs, & secundacio personæ, quod probant per textum *in l. fin.in princip.C.de administ.tut.*, siue principaliter dentuc personæ mentecapti, & fuciosi secundum eundem *Salicetum in d.l.1. C.qui pet. tut.*, & rationem à contcacio sensu deducunt ex ijs, quæ dicta sunt pro probatione mox positæ sententiæ contraciæ, quia scilicet munus curatoris est etiam munus publicum, quod pec nonnullos textus ibi allegatos probat *Montanus de tut.& curat.c.29.n.27.* vbi signantec citat *l.1.ff.de excus.tut.* vbi dicit legi hæc verba, *nam,& tutelam, & curam placuit publicum munus esse*, quæ tamen verba ibi non leguntur.

28
Sententia asserens curatores etiam inuitos dari posse,

Media via in hoc ego procederem cum *Gutierez d.c. 19.nu. 12.& 13.*, vel etenim curatoc ille datuc non solum in ordine ad res, sed etiam ad gubernium pecsnnæ, siue pcincipalitèc, siue minus principalitèc, & iuxta hunc sensum etiã inuitum dari posse existimo, quia, ex quo quoquo modo eius munus respicit pecsonam, dicitnc munus publieum, quod probat idem Gutierez per textum *in l, fin.in princip.C.de administ.tut.*, vel datui præcisè in ocdine ad res eum nullo respectu ad personam, & tunc, eum sit munus pcıuatum, debet esse voluntarium, & ad hoc non potest esse compulsio, & ad hoc idem Gutierez loc. eit. allegat *Bartolum in d.l.2.§. quæritur ff.de curat.bon.dand., Baldum, & Salicetum in l.tutor C.de neg. gest., Odofredum in tit. de curat. bon. dand.nu.34.*; ex quibus habes, quod specialitèc inuitus dari possit mentecaptis, & furiosis, eum tunc videatuc dari pcincipalitèr personis.

29
Si curator detur non solũ in ordine ad res, sed etiam ad personã potest dari inuitus; secus, si tantum in ordine ad res,

Iam deuenio ad discussionem principalis puncti propositi. Quinam scilicet dari possint curatores? Generaliter sentin, quemlibet curatorem dari posse, nisi ex aliquo speciali iure prohibeatuc, prout in similibus diximus de tutoribus; sicuti enim, quia ex regula *Pauli in l.tutor ff.de testam. tut.* quilibet testamento tutoc dari potest, infertur, quod etiam a Iudice quilibet possit assignari, prout arguendo à testamentis ad iudicia, & à testatore ad Iudicem infert *Montanus de tut.& curat.c.23. in princip.*, ita etiam ego infero, quod, quia testamento quilibet potest constitui curatoc, possit etiam per Iudicem.

30
Regulariter quilibet curator dari potest, qui aliquo speciali iure non prohibetur,

Ab hac tamen communi regula excipiendi sunt fere omnes casus supra enumecati in præcedentibus *sub hoc eodem tit. de tut.& curat. prænot. 19. assert. 5. per totum*,

31 Excipiuntur casus, in quibus etiam excipiuntur tutores.

tum, ratione quorum tutores certæ personæ non possunt constitui, cum eodem iure, quo prohibentur esse tutores, etiam prohibeantur esse curatores, ad quæ vos remitto; non etenim expedit eadem hic repetere.

Iam accedimus ad quæstionem, quibusnam possint dari tutores? Pro regula generali statuitur, quod ijs omnibus dari possit curator, qui suis rebus superesse nequeunt per textum *in l. 2. ff. de curat. furios. l. is cui ff. de tut. & curat. datis ab his, §. sed & mentecaptis Instit. de curat.* Sed, vt singillatim rem discutiamus, placet in particulari recensere personas, quibus dari possunt huiusmodi curatores, seu etiam res, pro quibus possunt assignari.

32 Regulariter ijs omnibus dari possunt, qui rebus suis superesse nequeunt

Primo igitur in vniuersum dari possunt minoribus, qui excesserint annum 14., nec peruenerint ad 25. *Molina de iust. & iur. tract. 2. disp. 220. vers. curator verò, Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 19. num. 2.*, & in hoc communiter consentiunt tàm Theologi, quàm iuris interpretes *Instit. in princip. de curat.*, vbi ea redditur ratio, quia scilicet, licet ad pubertatem peruenerint, non sunt tamen salis ætatis, vt prudenter res suas possint administrare, seque tueri.

33 Dantur minoribus vsq; ad 25. annum.

Secundo dari possunt furiosis, & mentecaptis, etiam si excesserint 25. suæ ætatis annum, prout habetur expresse *in §. furiosi Instit. de curat. & in l. de creationibus C. de Episcop. audient. & in l. 1. ff. de curat. furios.*, & expresse docent *Montanus de tut. & curat. c. 28. num. 5., Gutierez part. 1. c. 19. num. 3. & 4.*, quandoquidem in ordine ad res suas administrandas, seque ipsos tuendos comparantur impuberibus, & minoribus *Alexander, & Iason in l. impuberes ff. de re iud., Felinus in c. pastoralis de iudicijs.* Dixi etiam *si excesserit 25. suæ ætatis annum*; nam, si adhuc fuerint in pupillari ætate, tunc crederem, ei tutorem dandum, considerando potius ætatem, quam furorem, quod idem dicendum est quoad mentecaptum, & amentem, prout videntur ponderasse *Vulpianus in l. 3. ff. de tutel., & Montanus de tut. & curat. c. 28. num. 10.* Nonnulli etiam arbitrantur, quod, etiam si excesserint decimum quartum annum, quinimmo etiam vigesimum quintum, si tamen sint tales, vt impotes rationis fuerint, & omninò inepti ad tuendos se ipsos, resque suas administrandas, sint eisdem dandi tutores, non curatores, ea moti ratione, quia, cum potissimum egeant directione quoad personam, principalitèr curator daretur personæ, & secundario rebus, quod est proprium tutelæ *Baldus, & Castrensis in l. curatorem C. de negot. gest., Decius in l. quo tutela §. nemo ff. de reg. iur.*, quinimmo pro certa regula quidam statuunt, quod in hoc diferant tutores, & curatores, quod tutores principalitèr personis, & secundario rebus dentur, curatores verò è contra principalitèr rebus, & secundario personis, prout in specie docent *Montanus de tut. & curat. c. 4. num. 18., Marianus Socinus cons. 97. num. 6. lib. 1.* per textum *in l. copulandis C. de nupt.*, de qua re nos infra vberius.

34 Dantur furiosis, & mentecaptis, etiam si excesserint 25. annum.

Nihilominus, quatenus excesserint annum quartum decimum, & à fortiori 25., tenendum est dari curatores, & hoc non solum ratione communis consensus scribentium, sed etiam propter iura sic expresse disponentia, quæ generalitèr volunt, solum impuberibus dari tutores; nec obstant ea, quæ dicuntur, scilicet in ordine ad furiosos dari principalitèr personis, & secundario rebus. Non, inquam, obstant, quia non ita verum est, vt præfertur, quod illi, qui dantur in ordine ad furiosos, & amentes, dentur principalitèr personis, & secundario rebus, cæteroqui inanitèr iura, & DD. distinguerent inter pupillum furiosum, & amentem, & adultum item furiosum, & mentecaptum, & dicerent specialitèr, quod pupillo furioso detur tutor comparatiuè ad ætatem, non ad furorem, si furioso siue pupillo, siue adulto indiferentèr dandus esset tutor. Deinde, quando dicitur, quod tutor detur principalitèr personæ, & non nisi secundario rebus, & viceuersa curator principalitèr rebus, & secundario personæ, dico, hoc verificari per se, & attenta conditione tutoris, & curatoris, non tolli tamen, quin per accidens, & ratione alicuius adiuncti non possit æquè principaliter dari curator personæ, & rebus, vt specialitèr contingit in furioso, & amente, quando sunt tales, vt nec se ipsos regere, nec res suas administrare valeant.

35 Nonnulli volunt, furiosis, & mentecaptis, quamuis pupilli non sint, dandos esse tutores, non curatores, sed repelluntur.

Hæc, quæ diximus de curatoribus dandis furiosis, & amentibus, videntur procedere, quando sunt simpliciter tales. Quid verò sentiendum sit, si non sint tales pro omni tempore, sed habeant dilucida interualla, pro quibus gaudeant sufficienti iudicio ad se ipsos, resque suas regendas? Circa hoc habemus apertum textum *in l. cum alijs C. de curat. furiosi*, vbi expresse dicitur, quod curator datus furioso, & amenti habenti dilucida interualla, dicatur curator, & sit etiam pro tempore, pro quo habet furiosus, & amens dilucida interualla, non tamen possit administrare pro tali tempore; licet ergo sit cura continua, administratio tamen non est continua, sicque pro tempore, quo furiosus, & amens sunt sa-

36 Si furiosi, & amentes habeane dilucida interualla, etiam pro illo tempore curator est talis, nequit tamen pro illo tempore administrare.

næ

næ mentis possunt per se administrare, si verò furor, vel amentia de nouo superuenerit, administratio iterum refunditur in curatorem. Hæc expressè in eodem textu.

Nonnulla dubia circa huiusmodi furiosos, & amentes.

Circa huiusmodi furiosos, & amentes nonnulla occurrunt dubia breuitèr hic discutienda; & primo, si filius familias, siue sit sub patria potestate, siue emancipatus à Patre inciderit in furorem, & amentiam, possit illi dari curator? Secundo, si Pater factus sit furiosus, & delirans, & habeat filium sanæ mentis, & ætatis completæ, eidem Patri sit dandus alius curator à filio; an verò filius ipse debeat gerere curam Patris? Tertio, an, si filius inciderit in furorem, vel amentiam, & non habeat Patrem, sed Matrem, pertineat ad eandem Matrem, curam filij habere, & eius bona administrare, an non? Quarto, an, si non existente Patre, nec Matre ex pluribus fratribus aliquis inciderit in furorem, vel amentiam, eius cura spectat ad fratrem, qui sit perfectæ ætatis, & sanæ mentis, an verò ad alium à Iudice constituendum?

37 Si filius familias inciderit in furorem, & amentiā, eius Pater, vt Pater ipsum reget, si verò fuerit emancipatus Pater erit eius legitimus curator.

In ordine ad primum dicendum est, si filius familias inciderit in furorem, & amentiam, & habeat Patrem, sub cuius potestate sit, non esse illi dandum curatorem, sed Patrem, vt Patrem debere illius curam gerere; si verò fuerit emancipatus, Patrem ipso iure esse eiusdem legitimum curatorem. In hoc omnes conientiunt; & quidem quoad primam partem nulla videtur esse difficultas, quia habenti Patrem non est locus tutori, nec curatori, cum tutor, & curator dentur in defectum Patris, & sic, vbi est Pater habens sub sua potestate filios, debet ex officio paterno illos regere, & gubernare; Quoad secundam verò deducitur *ex l. cum furiosus C. de curat. furios.*, adducta etiam ratione. *Quis enim talis affectus extraneus inuenietur, qui vincat paternum, aut, cui alij credendum, res liberorum gubernandas parentibus derelictis?* Accedit, quod in eodem textu dicatur etiam in ordine ad bona castrensia Patrem esse curatorem liberorum, & tamen quoad bona castrensia filij dicuntur sui iuris.

38 Si Pater existente filio maiori, & sanæ mentis factus fuerit furiosus, & amens, filius constituēdus est eius curator.

In ordine ad secundum difficultas videtur in eo consistere, quia filius ex vi propriæ conditionis potius habet subiectionem ad Patrem, vnde non videtur posse habere aliquam prærogatiuam, ratione cuius possit Patrem habere subiectum. Nihilominus sentiendum est, in ea hypothesi filium dandum esse Patri curatorem; nam, licet antiquitus fortè propter rationem insinuatam in ordine ad Patrem, siue furiosum, siue prodigum denegarētur filio cura eiusdem Patris; hodie tamen ex rescripto D. Pij filio potius, si sit probus, est permittenda, quam alteri per textum *in l. 1. ff. de curat. furios. l. is qui ff. de tut. & curat. dat. ab his*, & in hoc consentiunt *Decius cons. 274. nu. 2., Montanus de tut. & curat. c. 28. num. 30.* Difficultas solummodo in hoc est, an filius intelligatur in hac hypothesi curator legitimus Patris, an verò debeat à Iudice dari tanquam datiuus. Ratio difficultatis ex eo consurgit, quod *in d. l. 1. ff. de curat. furios.* dicitur, quod filius ex rescripto D. Pij sit dandus patri furioso, seu prodigo curator, seu eidem filio sit permittenda curatio Patris, quæ verba certè videntur indicare officium Iudicis in decernendo filium curatorem Patris, quod eo certius apparet, quod per hunc textum solum declaratur contra id, quod antiquitus seruabatur, nempe, quod filius non dabatur curator Patri, declaratur, inquam, quod possit dari, quod non infert necessitatem illum dandi, sed facultatem datam Iudici filium constituendi, si voluerit, seu conueniens iudicauerit. Hoc etiam clarius videtur elucere ex *l. 2. ff. eod. tit.*, vbi, cum Caius dixerit, quod Proconsul det etiam alijs, qui rebus suis superesse non possunt, subdit. *Nec dubitabit filium quoque Patri curatorem dare*, vbi facit facultatem dandi, non imponit necessitatem.

39 Filius secundum aliquos in hac hypothesi respectu Patris dicendus esset curator datiuus.

Nihilominus probabilius crederem, filium esse, & debere dici curatorem Patris legitimum, prout etiam sentiunt *Arius Pinellus in l. 1. part. 1. num. 64. C. de bon. matern.*, *Montanus de tut. & curat. c. 28. num. 13. & 14.*

40 Melius tamen dicendus esset legitimus.

Ratio autem ea est, quia textus *in d. l. 1. & 2. ff. de curat. furios.* sustulit solummodo illam differentiam, quæ seruabatur antiquitùs inter filios in ordine ad Patres, & inter cæteros agnatos proximiores in gradu, & successione, vt filij, quamuis agnati proximiores non admitterentur ad curam Patris; qua sublata differentia non est, cur, sicuti agnati proximiores succedunt in cura tanquam legitimi, ita nō debeant succedere vt tales filij, si sint idonei ad curam patrum indigentium tali cura; Nec obstant ea, quæ considerabantur *in dd. ll. 1. & 2. ff. de curat. furios.*, quia in dictis legibus solum dicitur filijs permittendam esse curationem parentum, quatenus Iudices ratione iuris antiqui non debeant impedire, quominus filij, si sint idonei, possint suscipere eorundem parentum curam; non quod ipsi Iudices exclusis huiusmodi filijs possint alium curatorem, quemcunque voluerint, patribus assignare; vnde ad summum erit munus Iudicum indagare,

Soluuntur rationes oppositæ sententiæ.

gare, vtrum filij sit probi, habiles, & idonei ad hoc munus.

41 Etiam si Mater facta esset furiosa, & amens non existente Patre eius, filius esset curator legitimus.

Eadem ratione, qua dictum est filium esse curatorem Patris, qui incidit in furorem, & amentiam, dicendum est, debere esse curatorem Matris, si facta fuerit furiosa, & demens. Hoc expressè colligitur ex textu *in l. furiosa Matris ff. de curat. fur.* Ibi *Furiosa Matris curatio ad filium pertinet. Pietas enim parentibus, & si inaequalis est eorum potestas, aequalis debetur.*

42 Sententia asserens, Matrem non posse esse curatricem filij furiosi, & amentis.

Inordine ad tertium per textum *in l. cum repudiante C. de curat. furios.* videtur dicendum, mortuo Patre Matrem non posse esse curatricem filij furiosi, nec administratricem bonorum eiusdem. Ibi etenim in titulo dicitur *Mater non potest administrare res filij furiosi, vel mentecapti, nec filium obligare.* Nihilominus dico, matrem, si voluerit, posse esse curatricem filij furiosi, & administratricem bonorum eiusdem per ea, quae ex regula generali supra tradidimus, quod scilicet

43 Potest tamen congruentius, & si velit.

Mater, & Auia, quamuis per statutum excludantur à successione filij, non tamen excludantur à tutela, & cura eiusdem, si voluerint, & sint praeferendae caeteris, vt supra; nec in hoc video, cur sint excludendae a cura filiorum furiosorum, vel amentium, si admittuntur quoad filios puberes &c. Neque vim aliquam facit allegatus textus *in l. cum repudiante*, quia ille procedit in casu, quo non erat

44 Explicatur textus in l. cum repudiante ff. de curat. furios.

locus matri ad administrandum. Casus textus hic erat. Inito quodam matrimonio vxor emancipata a Patre facta furiosa repudiauit maritum. Mater eiusdem vxoris furiosae nonnulla eidem marito instrumenta confecerat; dicitur ibi, quod Mater furiosae contra eandem nihil disponere potuerit, cum ad eam iure non pertinuerit defer. Vbi nota, quod tunc mater non erat tutrix, vel curatrix, eum fortè supra uiueret Pater eiusdem faeminae furiosae. Diuersimodè explicat casum *Glosa in d. l. cum repudiante in expositione casus*, cuius tamen intentio vix videtur consonare textus verbis; supponit enim, quod maritus vxorem suam emancipatam à Patre furiosam repudiauerit, & mater pactum fecerit de non reddenda dote, & dicit, quod pactum Matris non praeiudicat filiae furiosae. Rursus aliam explicationem adhibet *Glosa ibid.* Supponit, quod fuerit delata haereditas viro, & vxori furiosae, & quod mater eius eam repudiauerit, & dicit, quod repudiatio matris non teneat, cum ad ipsam non pertineat renuntiare, sed ad virum. Alias ibi video explicationes, per quas omnes non euincitur, quod mater non possit esse curatrix filij furiosi.

In ordine ad quartum dic, quod non existente Patre, & Matre frater natu maior, si sit perfectae aetatis, & idoneus, remaneat curator fratris furiosi, vel mentecapti, prout expressè habetur *in l. ne lucrum quidem C. de curat. furios.* 45

45 Nec existente Patre, nec Matre frater maior, & idoneus est curator fratris furiosi, & amentis.

Tertio dari possunt prodigis per textum *in l. dabimusq; §. sed aequissimum ff. de privil. credit.*; hoc enim videtur congruere Reipublicae, ne bona subditorum malè profundantur per textum *in l. 1. ff. de curat. furios.* Hi curatores dari possunt prodigis, quamuis ipsi non petant *Bartolus in l. hoc autem ff. quib. ex caus. in possess. eatur*, *Baldus in l. qui habet in vers. quid in prodigo ff. de tut.*, vnde sufficit, quod coniuncti habentes notitiam de eorundem prodigalitate petant *l. de tutela C. de in integ. restit. minor.* Sed, an Iudex nemine petente ex officio huiusmodi prodigis possit curatores constituere? Probabilius crederem, posse, si constet notoriè, vel per inquisitionem de prodigalitate. Ratio autem ex eo potest deduci, quia prodigus aequiparatur furioso *l. Fulcinius §. adeo ff. quib. ex caus. in possess. eatur, & l. is cui ff. de verb. obligat.*, & quia ad Rempublicam pertinet, ne quis re sua malè vtatur *l. contra §. ei curator ff. de pact. furios.*

46 Etiam prodigis dari possunt curatores.

47 Etiam si ipsi non petant petentibus coniunctis.

48 Et etiam Iudex ex officio dare potest, si notoriè constet de prodigalitate.

An verò citandus sit, & facienda super ipso inquisitio, antequam eidem detur curator? Respondeo, vtrumque requiri, si non sit notoriè, & euidentèr talis; secus, si notoriè, & euidentèr appareat de eius prodigalitate. In hoc consentiunt *Decius cons. 274., & in l. furiosi ff. de reg. iur.*, *Ruinus cons. 89. n. 3. vol. 5.*, *Paulus Montanus de tut., & curat. d. c. 28. n. 33.* Ratio primae partis est, quia nemo est priuandus sua possessione, & iure administrationis sine causa, de qua legitimè constet *Angelus in d. l. is, cui vers. an autem ff. de verb. oblig.*, *Cagnolus in l. furiosi ff. de reg. iuris*, vbi autem non est notorietas, & euidentia prodigalitatis, non potest legitimè de ea constare, nisi per citationem, & inquisitionem, ergo &c. Ratio secundae partis ex eo deducitur, quia non est inquirendum de veritate, vbi manifestè, & ad oculos apparet, & notorietas ipsa aequiualet cuicunque inquisitioni. Huiusmodi prodigis regularitèr, antequam detur curator, interdicenda est bonorum administratio, prout notat *Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. r. 19. nu. 5.*, atq; huius interdictionis effectus plures enumerat *Iacobus Cuiacius in l. is cui bonis sub fin. ff. de verb. oblig.*, & primo, vt non possit testamenta condere, vt non possit esse testis in testamento, vt non possit naturaliter obligari, nec contrahe-

49 Et, si sit notoriè talis, non est facienda citatio, nec inquisitio.

50 Huiusmodi prodigis, antequam datur curator, interdicenda est bonorum administratio.

trahere,aliaq; peragere, de quibus *Montanus d.c.28.à nu.36.vsq; ad 49.*

51 Si ante interdictam administrationem bona alienauerit, tenet alienatio.

Sed, si aliquid ex ijs præstiterit ante interdictionem, puta bona alienauerit, vel titulo oneroso, vel gratuito, & liberali, vel filijs suis pupillaritèr substituerit &c. an tenebit talis alienatio, vel substitutio? & an, si in huiusmodi alienationibus initis ante interdictum fuerit læsus, possit petere restitutionem in integrum, si non fuerit minor? Quoad primum de alienatione siue onerosa, siue gratuita sentio, illam tenere, si facta sit ante interdictam administrationem bonorum, nisi vitium prodigalitatis fuerit tale, vt obtundat aciem inditij, & tollat cognitionem requisitam ad actum liberum, & in hoc consentiunt *Alexander, & Aretinus in l. is cui bonis ff. de verb. oblig., Veglius in §. item prodigus nu. 3. instit. Quib. non est permis. facer. testam., Boerius ad consuet. Biturig. §.8.* Ratio autem ea est, quia vnusquisque rerum suarum est moderator, & arbiter, & potest de illis disponere, nisi lex obsistat, aut conuentio prohibeat, & hoc etiam verificatur respectu prodigi, qui ex eo, quod sit talis, non desinit esse dominus rerum suarum, nec lex ei obsistit, nisi quatenus ipsi fuerit interdicta administratio bonorum, ergo, antequam illud interdictum fuerit positum, si de rebus suis disposuerit, vel per contractum onerosum, vel liberalem donationem, talis dispositio tenebit.

52 Nisi vitiũ prodigalitatis fuerit tale, vt obtundat aciẽ inditij.

Dixi, *nisi vitium prodigalitatis fuerit tale, vt obtundat aciem inditij, & tollat cognitionem &c.*, nam, si de facto vitium fuerit talis conditionis, & generis, certè nec alienatio, nec donatio, nec substitutio tenebit, cum deficeret forma substantialis talis contractus, vel distractus, vel substitutionis pupillaris, nempè consensus liber ad validitatem talium actuum requisitus. Quoad secundum de restitutione in integrum, si fuerit læsus etiã, si fuerit maior, dico probabilius esse, eam concedendam esse supposita læsione *Glosa in l. patri ff. de minor. in verb. interdici, Romanus singul. 223. incip. fuit interrogatus, Rebuffus in tract. de sent. prouis. art. 3. glos. 4. n. 7., Montanus de tut., & curat. c. 28. n. 45.* Ratio autem ex eo deducitur, quia prodigus æquiparatur minori, per textum *in l. Pulcinius §. plenè ff. Quib. ex caus. in possess. &c.*

53 Pendente lite super interdictione bonorum, si facta fuerit alienatio, hæc non tenet.

Sed quid sentiendum sit, si nondum prodigo fuerit interdicta bonorum administratio, adhuc tamen pendeat lis super tali interdictione, an, si prodigus ea pendente bona alienauerit, vel substituerit, teneat talis alienatio, vel substitutio? Negatiuè respondendum est, *Ioannes Impertus in Enchiridio iuris Galliæ in verb. interdictus bonis, Montanus de tut., & curat. d. c. 28. nu. 42.*, & ratio ex eo deducitur, quia excitata lite super interdictione, & eadem adhuc pendente, si non est formalitèr interdicta administratio, intelligitur tamen suspensa saltem quoad ea, quæ non sunt necessaria, sed libera; eo etenim ipso, quo iuridicè quis postulatur interdici, res eiusdem, quæ seruando seruari possunt, intelliguntur litigiosæ, per textum *in l. vlt. C. de litigiosis*, & sic inalienabiles pendente lite.

54 Si pendente tali lite, prodigus alienauerit, & deindè per sententiam fuerit absolutus à iudicio, adhuc secundum aliquos non tenere alienatio pendente lite facta.

Sed quid, si diu perseuerante lite prodigus alienauerit, & deindè per sententiam definitiuam fuerit à iudicio absolutus, an tunc per illam absolutionem à iuditio intelligatur firmata illa alienatio facta ante talem absolutionem? Videtur, quod non, quia facta intelligitur pro tempore, pro quo non poterat alienari, & sic non subsistente contractu in sua origine proptèr defectum potestatis in alienante, non videtur postea conualidari contractus, quia, quod ab initio inualidum est, non potest tractu temporis conualescere ex vulgatis iuribus. Nihilominus, quia per illam sententiam absolutoriam videtur facta restitutio iuris respectu prodigi, & firmata eius potestas in ordine ad liberas dispositiones, crederem, conualidari etiam illam actionem, seu alienationem, si ille, qui fuit postulatus interdici, perseuerauerit in illo consensu, & actu, per quem alienauit, quia tunc sublatum est illud impedimentum, ratione cuius solummodo erat vetita alienatio, perseuerantibus omnibus, quæ requiruntur ad validitatem contractus.

55 Tenet tamen, si perseuerauerit in illo consensu alienationis.

56 Interdicta per sententiam definitiuam administratione, à qua fuerit appellatum, pendente appellatione, nõ potest fieri alienatio.

Sed quid, si per Iudicem fuerit in sententia definitiua interdicta administratio eidem prodigo, à qua sententia ipse appellauerit, an tunc pendente appellatione poterit alienare. Negatiuè respondendum est propter expressum textum *in l. Iulianus ff. de curat. furios.* Ibi. *Iulianus scribit eos, quibus per Prætorem bonis interdictum est nihil transferre posse ad aliquem, quia in bonis nihil habent cum eis diminutio sit interdicta.* Quod, si dicas, quod illa interdictio sit suspensa per appellationem, & quod propterea dispositio allegati textus vim non habeat in præsenti casu; statim impugnaberis, quia licet appellatio tollat effectum prioris sententiæ, non tollit tamen, quin res, super quibus cecidit illa interdictio primæ sententiæ, sint res litigiosæ, & propterea inalienabiles pendente appellatione, &, sicuti supra diximus, quod pendente lite super interdictione bonorum, non

possit

possit postulatus interdici, disponere de rebus suis per alienationem, ita à fortiori diximus, quod interdictus administrare per definitiuam sententiam primi Iudicis, pendente appellatione non possit alienare, potissimum, cum per primam sententiam magis constet de eius prodigalitate.

57 *Facta interdictione super administratione bonorũ, prodigus non potest de rebus suis disponere sine consensu curatoris*

Facta per Iudicem interdictione bonorum respectu prodigi, certũ est, quod hic nequeat de rebus suis disponere sine consensu curatoris per ea, quæ babentur *in d. l. Iulianus ff. de curat. furios.* Sed in hoc plures insurgunt rationes dubitanti; & primò, an, si fuerit per Iudicem babitationis eiusdem prodigi interdicta eidem administratio bonorũ, &, si idem prodigus habeat bona in alio territorio sita, & quoad illa disponat, teneat dispositio? Secundo, an, si ipse prodigus post interdictam administrationem contraxerit cum aliquo ignorante talem interdictionem, obligetur versus ipsum? Tertio, an, si fuerit interdicta administratio, & datus curator prodigo, vt prodigo, qui tamen talis non sit, teneat interdictum, & datio curatoris, & an gesta tunc per ipsum subsistant? Quarto, an, si post interdictam administrationem prudens, & sagax factus fuerit, ipso iure recuperet administrationem, & desinat esse sub curatore absque alia Iudicis declaratione, an vero requiratur talis declaratio? Quinto, an, si post interdictam administrationem contrahat, & iuramento firmet contractum ex illo obligetur? Sexto, an, si post declarationem prodigalitatis, & interdictam administrationem deliquerit, excusetur à pænis, siue deliquerit in committendo, siue in omittendo? & alia his similia.

Nonnulla dubia circa hoc proponuntur.

58 *Facta interdicto per Iudicem habitationis, eoq; publicato, non potest prodigus sic interdictus bona sua alibi sita distrahere.*

Singula expendo. Ad primum dico, quod, si per Iudicem loci habitationis facta fuerit declaratio prodigalitatis, & interdicta administratio legitimè, & seruatis seruandis publicata præconis voce, & die nundinarum, non possit sic declaratus, & interdictus quoad bona alibi sita contrahere, nec alienare, *Alexander Immol. cons. 69. vol. 3., Montanus de tut., & curat. c.28.nu.40., Gratianus discept. for. c.389. nu. 44., Paulus Christinus decis. 173. n.6.vol.3., & ad leg. municip. tit.5. art. 11. n. 3.* hocque videtur probari arg. textus *in l. relegatorum §. interdicta ff. de interd., & releg.*, & ratio videtur ex eo deduci, quia, ex quo facta est publicatio interdicti cum illis solemnitatibus, videtur legitimè facta in forma absentium, & etiam in ordine ad absentes, adeoq; non est, cur non debeat obligare etiam in locis, vbi bona eiusdem prodigi sita sunt, cum præcipuè sic facta habeat formam edicti, per quod notificetur.

59 *Si incola alterius prouinciæ ignorauerit tale interdictũ, & contraxerit cum prodigo tenet contractus.*

Ad secundum dico, quod, si non obstante tali publicatione interdicti iuxta formam allegatam quis alterius prouinciæ fuerit ignorans eiusdem interdicti, & cum eodem prodigo interdicto cõtraxerit, subsistat quoad prodigi obligationem contractus, si tamen ipse contrahens probauerit ignorantiam *Paulus Christinus decis. Belg. 163. per totum vol. 1., & decis. 182. nu.26. eod. vol., Sanfelicius decis. 148. per totum, & decis. 338. cum addit., Faber in Cod. tit. si quis ignor. rem minor. esse defin. 1.* Ratio est, quia ex vna parte difficile est ea scire, quæ in alia prouincia gesta sunt; ex alia parte posita illa publicatione in formam edicti, cum illis solemnitatibus inducitur præsumptio pro notitia; vndè, si verè fuerit ignorantia. cum contraxerit bona fide cum eo, cum quo validè posse contrahere arbitrabatur, vtique validè contraxisse censendus est, quia tamen, ob illam publicationem ignorantia non præsumitur, vtique per allegantem erit probanda.

Probare tamen tenetur ignorantiam,

60 *Interdicta administratione prodigo, qui tamen verè talis non est, interdictio tenet, donec fuerit per appellationem reuocata*

Ad tertium dico, quod, si fuerit interdicta administratio prodigo, qui tamen prodigus verè non sit, talis interdictio teneat, donec per appellationem fuerit reuocata *Montanus de tut., & curat. d.c.28. n.40., Paulus Christinus decis. 173. num. 6. vol.3., & ad leg. municip. tit.5. art.11. n.3., Rebuffus in tract. de sent. promis. art. 3. glos.4. n.5., Baldus in l.1. C. de curat. furios., Angelus Aret. in §.1. instit. de tutel.*, & ratio est, quia illa sententia inducit ius, quod locum habere debet, donec per aliam sententiam fuerit reuocata. Ex his magis firmantur, quæ supradicta sunt, quod, scilicet, si lata fuerit sententia super interdicto administrationis in ordine ad prodigum, non obstante appellatione, non possit interdictus de bonis suis disponere; vndè gesta medio illo tempore inter sententiam interdicti, & sententiam reuocatoriam non tenent, nec subsistunt, nisi perseuerauerit ille consensus, per quem illa fuerunt gesta.

61 *Post interdictã administrationẽ si prodigus factus fuerit notoriè sagax, & prudens est restituendus iuri suo administrationis.*

Ad quartum dico, quod, si prodigus, post interdictam administrationem factus fuerit sagax, & prudens, & de hoc notoriè, & manifestè constet, restituendus est iuri suo administrationis, nec amplius remaneat sub curatore etiam nulla posita Iudicis declaratione; *Guid. Papa decis. 240., Montanus de tut., & curat. c.37. reg.2. num.12., Riccius collect. 1757., Viuius commun. opin. 656., Canalerius decis. 273. num.7. & per totum, Pacificus Iordanus lucub. vol.3. lib.14. tit.17. num.408.*, hocq; videtur colligi ex textu *in c. furios. Instit*

de.

de curat. in l. 1 ff. de curat. furiof., & in specie, quod ipſo iure reſtituatur, & liberetur a curatore, tenent *Iacobus de Aretio*, & *Bartolus in l. is cui bonis ff. de verb. oblig.* Ad hoc autem, vt dicatur notoriè, & manifeſtè factus ſagax, & prudens quantum ad hunc effectum recuperandæ poſſeſſionis adminiſtrationis, & liberationis

62 Requiritur tamē, quod per bienniū permanſerit in ſagacitate.

à curatore, non ſufficit, quod per aliquid temporis fuerit prudens, ſed requiritur, quod biennio, vel triennio fuerit, & ſteterit talis *Guido Pap. decif. 240.*, per quod tempus ceſſat quæcunque ſuſpicio prodigalitatis reiterandæ; Neque hic audiendus videtur *Rebuffus de ſent. prouis. art. 3. gloſ. 2. num. 13.*, dum dicit, quod, etiamſi per iſtum terminum biennij, & triennij ſteterit in ſana mente, & prudenti

63 Nec in hoc requiritur ſententia.

conſilio, requiratur tamen ſententia Iudicis ad diſſoluendum à vinculo curatoris, & reſtituendam adminiſtrationem, eo quia omnis res, per quaſcunque cauſas naſcitur, per eaſdem & diſſoluitur, per textum *in c. primum de reg. iur.* Non, inquam, audiendus eſt, quia, vbi manifeſtè ceſſat cauſa ſententiæ, ceſſat & vis eiuſdem ſententiæ; ſententia etenim ipſa ſupponitur conditionalis, & limitata ad tempus prodigalitatis, qua conditione ceſſante, & tempore eiuſdem prodigalitatis ipſo facto ad ſuum ſtatum reuertitur & ſpoliatus ad ius ſuum. Si verò ſupponamus, quod certò notoriè permanenter non fuerit factus ſagax, & prudens, tunc non denegarem, quod, ſicuti interdictio facta fuit per decretum Iudicis, & cum cauſæ cognitione, ita debeat cognita cauſa illa interdictio reuocari *Tiraquel. tract. ceſſante cauſa verb. interdictionis n. 123.*, *Cencius de cenſib q. 16.*, *Oddus de reſtit. in integ. q. 98. art. 4. n. 51.*, & *52.*, *Paulus Chriſtinus ad leg. municip. tit. 19. art. 29. n. 3.*

Ad quintum dico, quod, ſi prodigus poſt interdictam adminiſtrationem, &

64 Si prodigus poſt interdictum contrahat, & iuramento firmet contractum, nō obligatur.

datum curatorem contrahat, & iuramento firmet contractum, probabilius etiam ex illo contractu non obligetur *Montanus de tut., & curat. c. 28. n. 38. in fin.*, *Francus decis. 672. nu. 14.*, *Fachineus lib. 2. controu. 64.*, *Hurtadus de iuſt. tract. de contract. diſp. 1. difficult. 7.*, quidquid ex aduerſo dixerint *Euerardus loco à vi, & energ. iuramenti n. 14.*, *Canalerius decif. 273. per totum.* In probationem huius opinionis adducunt regulam adductam quarto loco a *Bartolo in l. ſi quis pro eo ff. de fideiuſs.*, ad dignoſcendum, quandonam per iuſiurandum contractus iure

Rationes pro hac reſolutione.

ciuili prohibiti, & irriti confirmentur; dicit enim, quod, quando contractus ſolum iure ciuili prohibetur ob curantis priuatum commodum, ſi iureiurando firmetur, fiat ratus, & obliget ipſum iurantem; ex quo poſtea deducunt è contrario ſenſu, quod, ſi fuerit initus contractus à prodigo, cui à Iudice interdicta eſt adminiſtratio bonorum, & iuramento munitus adhuc non teneat, nec obliget, eo, quia non eſt illi interdictus contractus ob priuatum eius commodū, ſed eo, quod integro iuditio carere cenſeatur; atque iuxta hanc rationem cum Bartolo procedunt teſte *Azorio inſtit. mor. part. 1 lib. 11. c. 7. verſ. quarta regula*, *Bartoli eſt, Baldus, Angelus, Paulus, Iaſon, & Alexander in l. is cui bonis ff. de verb. oblig.*, hocque firmat *Coaruuias in c. quamuis de pact. in 6. part. 2. §. 5. n. 8.*

Ad ſextum dico, quod, licet prodigus, cui interdicta eſt à Iudice bonorum ad- 65 Prodigus poſt interdictā adminiſtrationem, ſi delinquet, non vitat pænas ſiue pecuniarias, ſiue afflictiuas.

miniſtratio, contrahendo non obligetur, tamen, ſi delinquat, obligetur ad pænas ſiue pecuniarias, ſiue afflictiuas iuxta facti, & perſonarum qualitatem *Iulius Clarus §. fin. q. 60. vers. vlterius quæro*, *Cabal. resol. crimin. caſ. 48.*, *Montanus de tut. c. 28. n. 48.*, *Francus decis. 461.*, *Pacificus Iordanus lucub. vol. 3. lib. 14. tit. 17. num. 409.*, *Paulus Zacchias qq. leg. tom. 1. lib. 2. tit. 1. q. 6. nu. 68., & seqq.*, quod tamen intelligunt, quando deliquit in committendo, non in ommittendo *Iulius Clarus in pract. d. §. fin. q. 60., & alij allegati*, hocq; ponit, vt commune axioma *Cagnolus in l. furioſi num. 13. ff. de reg. iuris*. Rationem, propter quam non obligetur prodigus, 66 Intellige ſecundū aliquos, ſi delinquat in committendo, non in omittendo.

cui eſt interdicta adminiſtratio, ad contractus, obligetur tamen ad pænas, ſi delinquat, non inuenio apud DD.; eam tamen arbitror eſſe, quia licet in adminiſtratione bonorum non reputetur integri ſenſus; in cæteris tamen habetur pro homine ſanæ mentis, nam vitium prodigalitatis conſiſtit ſolummodo in profuſione bonorum, nulla extante neceſſitate, vel vtilitate, & prodigus eſt, qui nec modum, nec finem expenſarum habet; cum quo ſtare poteſt, quod in alijs habere poſſit plenam deliberationem; nam, ſi in alijs non haberet, nec habere poſſet plenam deliberationem, nō eſſet ſimpliciter prodigus, ſed ſimul delirus, & amens.

Quarto dari poſſunt curatores aſſi- 67 Dari poſſunt curatores continuo luſori, & fæminæ prodigæ, & luxurioſè viuenti.

duo luſori, & fæminæ prodigæ, & luxurioſè viuenti *Decius in c. vlt. in fine de iudicijs, & ibi Molina in ſuis annot.*, *Aries Pinellus ad leg. 4., & vlt. C. de bonis matern.*, *Montanus de tut., & curat. c. 28. nu. 49., & 50.*, & quidem quoad aſſiduum luſorem non video difficultatem ſuppoſitis præmiſſis de prodigis, quandoquidem, vt talis conſideratur, vt prodigus, eum

bona

bona sua inordinatè exponat fortunæ aleæ. Quoad fæminam verò prodigè, & luxuriosè viuenti, videtur expresse colligi ex textu *in l. & mulieri ff. de curat. furios.*, vbi hæc formalia verba leguntur, *Et mulieri, quæ luxuriosè viuit, bonis interdici potest*. Sed disputant DD. circa hæc

68 Secundũ glosam non solũ intelligitur fæmina luxuriosè viuere, quæ lasciuè viuit, sed etiã, quæ vtitur prætiosis vestibus, & vanitatibus.

verba, *Quæ luxuriosè viuit*, an intelligenda sint, quatenus fæmina sit profusæ libidinis, & in voluptatibus carnis inuoluta; an verò quatenus fæmina vtatur nimis pretiosis vestibus, alijsq; muliebribus pompis, & vanitatibus, sub qua ratione etiam dicitur luxuriosè viuere, vt notat *Montanus loc. cit. nu. 53*? Glosa *in d. l. vt mulieri ff. de curat. furios. in verb., & mulieri in 2. loco*, videtur vtrumque admittere, & quod possit interdici bonis, si lasciuè viuat, quia, licet in hoc sensu non sit prodiga bonorum, est tamen prodiga suæ personæ, ex quo potest oriri præsumptio etiam de prodigalitate rerum, & quod possit etiam interdici, quantumuis non viuat lasciuè, sed luxuriosè bona profundat in pompis, & vanitatibus, per textum *in l. ex damnis ff. de damn. infec.*

69 Secundũ Montanum intelligitur solum fę mina, quę prodigali luxuria vtitur fęmineis vanitatibus, & pompis.

Montanus *de tut., & curat. d. c. 28. nu. 53.*, dicit, quod, quamuis dispositio huius textus *in l. & mulieri*, possit habere locum in muliere lasciuè, & libidinosè viuente, quatenus, si pateretur interdici bonis, & eidem dari curatorem, posset vtrumque per Iudicem præstari; hoc tamen asserit, nunquam vidisse in praxi seruari; vndè condemnando in hoc *Iacobum Cuiaciũ in l. 6. ff. de verb. oblig.*, qui volebat præfatum textum *in d. l. & mulieri*, intelligendum esse de muliere sui corporis prodiga, & libidinosè viuente, asserit debere præcisè intelligi de fæmina prodigali luxuria in vestibus pretiosis, alijsque muliebribus vanitatibus bona sua profundēte. Huic Montani opinioni libentius adhæreo, vtpotè, quæ innititur communi praxi. Non negauerim tamen, quod, si libidinosæ vitæ mulieris coniungeretur luxuriosa prodigalitas possit interdici bonis, & subdi curatori; sed hoc non erit intuitu lasciuæ consuetudinis, sed ratione prodigalitatis saltem præsumptæ.

Hinc cessat illa quæstio, quæ apud DD. controuertitur, an scilicet etiam masculo luxuriosè, seu libidinosè viuenti sit interdicenda bonorum administratio, eidemque dandus sit curator? circa quam quæstionem *Segura in l. Imperator ff. ad Trebel.* ponderans illam coniunctionem, *Et*, additam illi particulæ, *Mulieri in d. l. & mulieri ff. de curat. furios.*, quasi relatiuam ad masculum, & coniugentem vtrumque quoad hunc effectum dixit, quod, sicuti fæminæ luxuriosæ, scilicet lasciuæ, interdici potest administratio, ita, & masculo tali vitio laboranti interdicenda sit. Cessat, inquam, hæc quæstio, quia, ex quo fæminæ, vt præcisè lasciuæ non interdicitur, ita nec masculo luxurianti videtur administratio interdicenda; Et quod specialitèr aduersus masculum luxuriosum non ferendum sit hoc interdictum, docent *Speculator in tit. de Actore §. 1., Albericus, & Cumanus in l. is cui bonis ff. de verb. signif., Felinus, & Decius in c. personalis de iudicijs, Iason in l. 4. §. sed eo quod meretrici ff. de condict. ob turpem caus.*

70 Masculo luxuriosè viuenti nō interdicitur administratio.

Quinimo, & si daremus, quod fæminæ lasciuæ interdicēda esset administratio bonorum, & dandus esset curator, non propterea teneremur asserere *ex vi d. l. & mulieri ff. de curat. furios.*, quod etiã masculo tali esset interdicenda, quia iura plus deferunt vxori, seu fæminæ luxurianti, quam masculo, vt probat *Iason loc. mox cit.*, vt per textum *in l. Lucius ff. de iur. fisci*, vbi fiscus aufert à fæmina fornicaria id, quod ab Amasio recepit ob copiam factam sui corporis, nec tamen in aliquo damnat masculum cum ipsa congredientem; nec aliquam vim facit illa particula coniunctiua, *Et mulieri*, quia illa particula, *Et*, non est relatiua ad masculum, sed continuatiua cum præcedentis legis dispositione, vbi dictum fuerat, quod vxoris mentecaptæ non oportet dari virum curatorem, & postea subditur, *Et mulieri, quæ luxuriosè viuit bonis interdici potest*, vnde Glosa *in d. l. & mulieri in princip.* dicit, quod non solum mulieri mentecaptæ, (quod habetur in lege præcedenti) sed, & ei, quæ luxuriosè viuit (quod habetur in hac lege) debeat interdici bonis.

71 Etiam, si fæminæ lasciuè viuenti esset interdicenda administratio, non tamen esset masculo interdicenda.

Quinto curatores dari possunt captiuis, quãtumuis maioribus, prout expressè habetur *in l. muto §. vlt. ff. de tutel.* Ibi. *Immo curator substantiæ dari debet, ne medio pereat*. In hoc textu *in d. §. vlt.* sermo erat de eo, cuius pater captiuus erat, & quærebatur, an ipsi posset dari tutor, & textus respondet, quod dari non possit, & quod, si datus fuerit, datio non teneat, eo, quod post patris regressum recidit filius in potestatem eius, ac, si nunquam captiuus fuisset; & postea subdit curatorem posse dari bonis eiusdem captiui, ne interim pereant.

72 Etiam captiuis quantumuis maioribus, possunt dari curatores.

Sed, an absentibus possint dari curatores? Affirmatiuè respondendum est *Alexander cons. 4. num. 4. lib. 2. & cons. 221. n. 5. lib. 6., Decius cons. 575. num. 4.*, quia, cum pro tempore absentiæ eius bona subsint periculo peremptionis, vtique indigent

73 Etiam absentibus curatores dari possunt.

cu-

curatione,& ad Rempublicam pertinet, ne bona eiuium absentium ob defectum curæ depereant, seu dilapidentur; Hinc præcitati DD. docent, quod bonis absentium dandi sint curatores ad cuiuscunque coniuncti petitionem *Angelus cons.103. vers. secundo ex defectu*, quinimmo dari posse nemine petente ex officio Iudicis docet *Decius cons.575. num.3.*, & curator sic datus potest per Iudicem mitti in quasi possessionem administrationis bonorum absentis *Angelus d. consil.103.*, & munus huiusmodi curatoris præcipuè consistit in conseruatione bonorum, ne depereant *Angelus cons.193. mortuo debitore*, qui etiam asserit posse huiusmodi curatorem distrahere res tempore perituras, & etiam non perituras, si vrgeat graue æs alienum *Barbatius cons.28. lib.1.*, *Alexander d. cons.4.*

Sexto dari possunt muto, cæco, surdo per textum *in §. sed & mentecaptis Instit. de curat.* Ibi- *Sed & mentecaptis, surdis, & mutis, & qui perpetuo morbo laborant curatores dandi sunt*, & in *l. nec mandante §. fin. ff. de tut. & curat. datis ab his*, & *in l. cui rorum §. in curatoribus ff. de postul.* & *in l. vel surdo ff. de priuil. cred.*

74 Etiam muto, atque surdo dari possunt.

In his omnibus textibus fit quidem mentio de surdis, & mutis, non autem de cæcis vt legenti fit manifestum, quod fortè tribuit occasionem *Montano de tut. & curat. d. c.28. num. 86.* asserendi cæco, sicuti nec impuberi non posse dari curatorem. Si autem quæras ab eodem Montano, cur cæco curator non possit constitui? Respondet, quia hoc definitum reperitur *in l. etiam si tutor ff. de auct. tut.* vbi dicitur, quod cæcus alijs tutor remaneat; si enim ipse remanet tutor aliorum, non videtur ei posse dari curator; qui enim alijs præesse potest, & rebus suis potest superesse.

75 Etiam cæcis.

Sed aduerte, quod hic textus *in l. etiam si tutor* supponit, quod, si quis datus fuerit tutor, & post susceptam tutelam factus fuerit cęcus, remaneat quoque tutor, non tamen dicit, quod cæcus pro tempore cæcitatis possit fieri tutor; vnde etiam ego dicere possum, quod surdus, & mutus, si ante surditatem, & loquelam amissam factus fuerit tutor, adueniente postea surditate, & amissione loquelæ adhuc tutor remaneat, non tamen existens surdus, & mutus possit fieri tutor; sicuti igitur adueniente surditate, & amissione loquelæ eidem potest curator constitui, ita etiam possit constitui cæco; Nec in hoc video aliquam disparitatem.

76 Etiam ventri prægnāti.

Septimo dari possunt curatores ventri prægnanti attenta communi sententia, secundum quam habetur, quod ventri prægnanti non possit dari tutor iuxta textum *in l. ventri ff. de tut. & curat. dat. ab his*. De hac materia latè nos egimus in præcedentibus, vbi signantèr reiecimus rationem, qua plerique asserentes ventri prægnanti tutores dari non posse innitebantur, nempe, quod fætus in vtero existens non sit homo, nec animal, sed pars, seu intestinum Matris, & quod tunc solum animetur, & vita potiatur, cum egreditur ab vtero Matris. Sed, quia communis iam sensus obtinuit non ex prædicta, sed ex alia ratione, quod fætui in vtero Matris existenti non detur tutor, sed curator, ideo ne à communi sensu recedam, & ventri prægnanti admitto dari posse curatorem.

Octauo hæreditati iacenti dari potest curator *Angelus in l.3. §. toties ff. de damn. infect.*, *Alexander cons.100. num. 10. lib.5.* & *in l. si quis instituatur hæres in diem*, *cum ibi notat. per Bartolum ff. de hæred. instit.*, vnde plurimi ex allegatis DD. docent, quod non possit formari processus circa hæreditatem iacentem, nisi eiusdem adsit curator, vt præcipuè *Angelus in d. l. 3. §. toties ff. de damn. infect.*, & multo minus sine eodem posse procedi ad definitiuam sententiam *Ioannes de Immola in l.4. §. prætor ff. de damn. infect.*

77 Etiam hæreditati iacenti.

Tunc hæreditas dicitur iacens, quando hæredes, qui succedere debent, vel ex testamento, vel ab intestato ancipites sunt, an adeant, vel non adeant, & sic hæreditas dicitur iacere, donec deliberent; quod etiam verificatur, si extaret filius defuncti, qui, quamuis sit hæres suus, & necessarius, propter beneficium tamen, quod habet abstinendi, potest sistere in deliberando, vnde pro illo tempore, pro quo adhuc non deliberat, hæreditas dicitur iacens *Montanus de tut. & curat. c.28. num.56. & seqq.*, *Gratianus discept. for. c.732. num.54. & 55.*, *Menochius de arbit. cas.150. num.7. & 8.*, *Castrensis in l. cum hæreditas in fin. C. depositi*.

78 Quandonam dicatur hæreditas iacens.

Curator ad huiusmodi hæreditatem iacentem quandoque datur ad instantiam alicuius particularis creditoris pro consecutione sui crediti, vt quotidiè seruatur in praxi, de qua testatur *Salust. Tiber. lib.3. c.25.*, *Tuschus in verb. curator concl.1204. num.6. & seqq.*; Quandoque vero generalitèr, prout contingit, quando filij, quorum est prima causa successionis, vel alij proximiores timentes, ne hæreditas defuncti sit magnis debitis inuolutas illam recusant adire etiam cum beneficio legis, & inuentarij *Angelus cons.193. num.3. vers. quando hæreditas non aditur*, *Marcus Antonius Sabellius in suis resol. ad c.47. num.4.*

79 Curator hæreditati iacēti, quandoq; datur ad instantiam creditoris, quandoq; generaliter.

80 Quænam requirantur vt validè detur curator hæreditati iacenti.

Quando curator dandus est hæreditati iacenti plura requiruntur, vt validè detur, de quibus *Marcus Antonius Sabellius in dict. resolut. ad c. 47. & in summa diuers. tract. in verb. hæreditas num. 18. vers. ad hoc autem, & in verb. curator num. 8. vers. quinque requisita, Capitius decis. 87. nu. 1. & seq., Cauàler decis. 414. num. 4.*, quod potissimum intellige, quando datur pro satisfaciendo creditoribus. Primum est, vt detur ad instantiam maioris partis creditorum; secundum, vt citentur nominatim illi, quorum est prima causa succedendi; tertium, vt statuatur tempus ad deliberandum; quartum, vt fiat inuentarium; quintum, vt curator sic datus satisdet. Dixi, *potissimum, quando datur pro satisfaciendo creditoribus*, quia tunc non dantur, nisi citatis illis, quorum interest; si verò esset dandus eo, quia ille, qui potest esse hæres, non deliberet intra tempus ipsi præscriptum, tunc potest à Iudice dari nemine petente, & ex officio proprio, prout notarunt *Alexander d. cons. 100. num. 16. lib. 5., Montanus de tut. & curat. c. 28. num. 60.*

81 Potest hic curator petere immitti in possessionem hæreditatis iacentis.

Hic curator sic à Iudice datus potest petere immissionem in possessionem administrationis hæreditatis iacentis, prout notat *Montanus loc. cit. num. 61.* mouere actiones etiam tempore non perituras *Angelus cons. 133. & 193., Marcus Antonius Blancus in tract. de comprom. q. 3. nu. 55., Decius cons. 22. num. 2.*, item distrahere tempore peritura, si necessitas vrgeat *Blancus loc. cit.*, quod probat per textum *in l. 2. ff. de curat. furios.*; item facere compromissum necessarium ex forma statuti, non autem voluntarium *Decius cons. 22., Angelus cons. 292., Beuintend. decis. Bonon. 21. num. 5. & 12.*; item potest præsentare ad beneficia vacantia de iure patronatus hæreditatis iacentis *Viuianus de iure patronat. lib. 4. c. 5. rub. lib. 12. c. 9. nu. 44, Barbosa de iur. Ecclesiast. lib. 3. c. 12. num. 230., Salgadus in labyrint. credit. part. 1. c. 14. num. 91.*; & habet hic curator hæreditatis iacentis ius hypothecæ in bonis eiusdem hæreditatis pro suo salario cum prælatione quoad alios omnes creditores hæreditatis, licet anteriores, *Mart. Medic. decis. 19. per tot., Merlinus de pignor. lib. 3. q. 5. num. 30.*

Mouere actiones etiam tempore non perituras.

Distrahere tempore perituras.

Præsentare ad beneficia vacantia.

82 Habet curator hæreditatis iacentis ius hypothecæ, & prælationis in bonis eiusdem pro suo salario.

Curator etiam potest dari pro tempore, pro quo disputatur, an hæreditas sit iacens, nec ne ad effectum, vt iudicium reddatur vndequaque validum. *Merlinus decis. 668.* Aduerto tamen, quod in hoc, vel alijs similibus casibus, in quibus de proximo speretur successor, cui datur terminus ad adeundam, vel repudiandam hæreditatem, non sit opus curatore, prout videtur colligi *in l. si quis instituatur, & ibi Angelus, & Decius ff. de hæred. instit.*, nec item, quando agitur de re modicī præiudicij, quia tunc contra hæreditatem iacentem proceditur etiam sine curatore *l. si diù ff. quib. ex caus. in possess. eatur, Montanus de tut. & curat. c. 28. num. 65.*

83 Potest dari etiā pro tempore, quo disputatur, an hæreditas sit iacens, nec ne.

84 Etiam Ecclesiæ vacanti curator dari potest.

Nono etiam Ecclesiæ vacanti potest dari curator, si vacatio diutina sit futura, prout habetur *in l. 1. & 2. ff. de curat. bon. dand.* hocque expressè docent *Abbas in c. fin. ne sede vacante, Montanus de tut. & curat. c. 28. num. 66.* A quo deinde sit dandus huiusmodi curator? asserit *Abbas loc. cit.*, quod, si Ecclesia fuerit Cathedralis, dari debeat à Romano Pontifice, si verò inferior Ecclesia, possit dari ab Episcopo.

85 Etiam dari potest bonis eius, qui eisdem cessit.

Decimo dari potest curator bonis eius, qui eisdem bonis cessit per textum *in l. Actor ff. rem ratam haberi*; quo in casu hic curator dandus est ad instantiā maioris partis creditorum, cum de illorum interesse potissimum agatur; ad ipsos etenim pertinet, vt bona cedentis cum magna cautela teneantur, & distrahantur ad normam iurium eorundem creditorum. Hic curator sic datus nullam actionem mouere potest, cum sit præcisè datus ad bonorum distractionem, & custodiam, ne ad alium finem, & effectum distrahantur, nisi vt ex eis creditoribus æquè satisfiat, *Angelus cons. 93. vers. etiam dari potest, Baldus cons. 327. visa sanè lib. 5.* Hac eadem ratione dari potest bonis debitoris, quæ distrahenda sunt, vt creditoribus satisfiat, quod potissimum intelligi debet, quando debitor est persona illustris, & magni, clarique nominis, prout habetur *in l. curator ff. de curat. furios.*, quod inductum intelligitur ab honestatem maiorem talis personæ illustris, vt cauetur in illo textu.

86 Quænam sint munera huius curatoris.

87 Potest etiam dari curator ad lites pupillo citatis cōsanguineis, & amicis.

Vndecimo dari potest curator ad lites pupillo citatis prius omnibus consanguineis, & amicis, quibus nolentibus huiusmodi munus suscipere, Iudex prouidet ex officio *Gratianus discept. for. c. 225. num. 28. & c. 668. nu. 26., Montanus de tut. c. 17. num. 1. & num. 9., Paulus Christinus decis. 158. vol. 3., Rota Romana part. 9. recent. decis. 248. num. 13.*, quod intelligi debet, quando pupillus caret tutore *Alexander cons. 122. videtur prima facie vol. 1., Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 19. num. 21.*, & hoc procedit, si pupillus sit maior septennio, nam cæteroqui ei datur tutor *Alexander d. cons. 122. lib. 1., Matthæus de Afflict. decis. Neapol. 292. n. 4.*, addita etiam ratione, quia curator non datur, nisi præsenti, quod non potest

88 Intellige, quando pupillus caret tutore.

test

teſt verificari reſpectu infantis minoris ſeptennio *arg. textus in §. pupillus verb. diximus Inſtit. de inutil. ſtipul.*; item hoc debet intelligi, quando lis eſſet cum tutore, quia tunc debet aduerſus ipſum dari curator, vt eſt in confeſſo apud omnes per textum *in l. qui habent § ſi pupillus ff. de tut.*

89 Vel, quādo lis eſſet cum tutore.

Huiuſmodi curator ad lites non poteſt inter abſentes per epiſtolam conſtitui, cum requiratur decretum Iudicis, quod nō poteſt ſtare in pēdenti, & huiuſmodi curatores teneantur plurima præſtare, quæ facere non poſſunt, niſi ſint præſentes *Genua de ſcript. priuata lib. 3. q. 43. per totum, Capel. Tholoſan. q. 247.*, hocque videtur colligi ex textu *in l. qui habet §. ſi pupillus ff. de tut.* Sed, an huiuſmodi curatores ad lites poſſint dari inuiti, & inuitis? Diſſidium magnum eſt apud DD., an ad hoc poſſint curatores inuiti compelli; Negant ad hoc poſſe compelli *Iacobus de Arrtio, & Bartolus in l. qui habent §. ſi pupillus ff. de tutel., Baldus in l. quæ fortuitis num. 16. C. de pignor. act., Angelus Aretin. Inſtit. de curat. in princip. col. fin. verſ. quid è contra.* Affirmant verò *Albericus in rubr. circa medium C. de in lit. dand. tut. vel curat., Speculator in tit. de curat. §. cum autem verſ. ſed numquid inuitus, Ioannes Faber in §. item inuiti Inſtit. de curat.*, & hanc ſecundam opinionem exiſtimo veriorem, propter rationes in præcedentibus adductas, & præcipuè ex eo, quod, cum huiuſmodi curatores dentur ad integrationem perſonæ, videntur dari ad munus publicum, ſeu ex munere publico, prout ſentire videntur *Baera de decim. tut. c. 17. num. 17., Antonius Piaggius de tut. & curat. q. 2. num. 61.*; & rationes, quæ militant contra, ſolutæ remanent ex dictis in præcedentibus. An verò dari poſſint inuitis? Affirmatiuè reſpondendum eſt propter expreſſum textum *in d. §. item inuiti Inſtit. de curat.* vbi, quamuis dicatur, quod inuiti curatorem non recipiant, fit tamen exceptio *Præter quam ad litem*.

90 Non poteſt curator pupillo ad lites conſtitui per literas.

91 Sententia negans curatores inuitos poſſe conſtitui pupillis ad lites.

92 Congruētius tamē poſſunt compelli.

93 Etiam pupillis inuitis poſſunt conſtitui.

94 Huiuſmodi curatores vel poſſunt conſtitui ad vniuerſitatem litiū, vel ad aliquam in particulari.

Huiuſmodi curatores vel poſſunt dari ad vniuerſitatem litium, vel ad aliquam litem in particulari. Sed quid, ſi dicatur ad litem nulla facta mentione, ſeu reſtrictione ad aliquam in particulari, an tunc intelligetur deputatus ad vniuerſitatem litium, an vero ad aliquam in particulari, puta ad illam, quæ tunc fortè excitatur? Dicendum eſt, præſumi dari ad vniuerſitatem, prout expreſsè habetur *in l. qui habent §. fin. ff. de tutel.* Diſputant hic tamen aliqui, an hoc intelligendum ſit ſolummodo ad omnes cauſas, quas pupillus habet cum aliquo, vel cum omnibus; puta litigare intendit contra tutorem, an intelligatur petitio curatoris ſolum ad cauſas, quas habet, ſeu habere intendit aduerſus tutorem, an verò aduerſus alios quoſcunque, cum quibus habet, ſeu habere poteſt litem? *Gloſa in d. l. qui habent in verb. omnes res*, videtur ſentire reſtringendam eſſe diſpoſitionem ad cauſas, quas habet cum tutore, vel cum alio, contra quem petit curatorem, hocq; probat per textum *in l. fin. C. de annal. except.*, ſed cum textus *in d. §. fin.* loquatur abſolutè ſine vlla reſtrictione vel ad vnū, vel ad alterum, videtur abſolutè in ordine ad omnes intelligendus. In hoc tu cogita.

95 Datus ad litem ſine vlla reſtrictione intelligitur datus ad omnes.

Hunc curatorem ad lites dare poteſt ille Iudex, qui litibus præeſt, quantumuis fuerit delegatus, prout notat *Bartolus in l. fin. §. ſed & ſi quis C. de adminiſt. tut., Alexander in l. 1. num. 21. ff. de iuriſdict. omn. iud., Angelus in princip. num. 5. Inſtit. de curat.*, quod videtur expreſse colligi ex textu *in d. l. final. §. ſed & ſi quis C. de adminiſt. tut.* In hoc tamen caſu Iudicis delegati ſpecialitèr crederem, curatorem per ipſum deſignatum non extendi vltra cauſas, quæ coram ipſo aguntur, quia eius iuriſdictio non extenditur vltra ea, ad quæ eſt delegatus.

96 Curatorem ad lites poteſt dare ille Iudex, qui litibus præeſt, quamuis ſit delegatus.

Sed, an curator ad lites reuocari poſſit? Affirmant *Bartolus, & Albericus in l. ſi quis tum §. Iulianus ff. de procurat., Abbas in rubr. num. 8. ff. de procur., Baeca de decim. tut. c. 17. num. 19., Ioannes Gutierez de tut. & curat. c. 19. num. 26.*; nec obſtat, quod tutor ſemel datus non poſſit reuocari, niſi ob cauſam; Non obſtat, inquam, quia diuerſa eſt ratio de tutore ſimplicitèr dato, ac de curatore dato ad lites, nam tutor, cum ſit ad omnia, & circa perſonam principalitèr, habet munus fixum non remouibile, niſi ex cauſa; curator autem ad lites, cum ſit ad vnum genus tantum, videtur potius habere munus actoris, & procuratoris, qui propterea eſt reuocabilis.

97 Curator ad lites, probabilius poteſt reuocari.

Ex quo etiam ſequitur, quod curator datus dumtaxat ad litem, ſeu lites non teneatur ad omnia onera, ad quæ tenentur alij tutores, & curatores, & præcipuè ad confectionem inuentarij, vt præcipuè, & ſignanter docent *Baera de decim. tut. c. 17. num. 16., & quidam Modernus*, quem citat, & ſequitur *Ioannes Gutierez de tut. & curat. c. 19. num. 27.* vbi adducit rationem, quia nihil recipit, cui etiam adderem, quia nihil ipſe adminiſtrat, nec res ex ſuo munere cuſtodit, Nec item ad ſatiſdandum ex cōmuni ſtilo ſeruari ſolito in omnibus curijs, & parlamentis, ſecundū quem admittuntur ſine tali cautione *Gratianus deciſ. 75. per totum, Buratus deciſ.*

98 Curator ad lites non tenetur ad confectionem inuentarij.

524. *num.* 10., *Ridolfinus in praxi part.* 1. *c.* 5. *num.* 55. vbi de stilo Rotæ Rom.

99 Exceptis curatoribus ad lites cæteri tenentur inuentarium conficere, antequam administrent.

Tandem deuenio ad discussionem vltimi puncti in principio prænotionis propositi, an scilicet curatores teneantur satisdare, & inuentarium conficere, aliaque præstare, sicuti tutores? Si excipias curatores ad lites, de quibus mox diximus, statuo primo, quod teneantur inuentarium conficere, antequam administrent *Decius de curat. prodig. cons.* 274. *num.* 4. *& cons.* 278. *num.* 1. *cons.* 192. *num.* 2. *& exc. ex parte num.* 5. *de appel.*, *Practica Papiens. in form. libel. quo agitur ad redd. rat. tut. vers. & curatores erant num.* 5.; vnde contra curatorem, qui non confecit inuentarium, iuratur in litem *l.* 1. *§. officio ff. de tut. & ration. distrah. l. tutor qui repertorium in princip. ff. de administrat. tut.*, *Baldus cons.* 350. *lib.* 1., *Molina in addit. ad Alexandrum cons.* 214. *num.* 7., *Menochius de arbitr. Iud. lib.* 2. *cas.* 208. *num.* 16. *& seqq.*

100 Contra curatorē, qui non confecit inuentarium, iuratur in litem.

101 Curatores tenentur satisdare rem saluam fore.

Statuo secundo, quod curator teneatur satisdare rem minoris, seu eius, cuius curam gerit saluam fore per textum *in l.* 1. *& ibi Baldus ff. rem ratam haberi Glosa, & Bartolus in l. legitimos ff. de legit. tut. & tot. tit. de tutor. qui non satisdant*, & hæc satisdatio debet esse per idoneos fideiussores per textum *in l. prætoria ff. de prætor. stipul. & l.* 4. *§.* 1. *ff. rem pupil. sal. for. & l.* 1. *ff. qui satisd. cog.*

102 Satisdatio debet esse per idoneos fideiussores.

In his amplius non immoror, cum latior debeat esse in secunda parte, dum de obligationibus tutorum, disputatio.

PRÆNOTIO XXVIII.

De differentijs inter Tutores, & Curatores.

SVMMARIVM.

Differunt primo tutores à curatoribus, quia tutores dantur principalitèr personæ, secundario rebus, curatores verò vel rebus tantum, vel si etiam personis, non nisi secundario regulariter loquendo. 1.

Non est improbabile, quod curatores amentibus, & furiosis dentur æquè primo personis. 2.

Si curator datur tantum rebus, ab illo Iudice dandus est, in cuius territorio sunt res. 3.

Si ille, cuius bonis dandus est curator, sit maioris magistratus, curator est dandus à maiori magistratu. 4.

Si ille, cuius bonis dandus est curator, sit sub potestate Ecclesiastica, & eius bona sub potestate laicali, si dandus est bonis, dandus est à Iudice laico. 5.

Si curator dandus sit æquè principalitèr personæ ab eo Iudice dandus est, sub quo est persona. 6.

Si dentur curatores rebus simul, & personæ, licet principalius rebus, dandi sunt à Iudice, sub qua est persona. 7.

Differunt item in eo, quod tutores non dantur nisi impuberibus, & ijs, qui eisdem æquiparentur, curator autem puberibus. 8.

Tutorem habenti regulariter non datur alius tutor. 9.

Fallit tamen in pluribus casibus, qui recensentur. 10.

Tutorem autem habenti potest dari alius curator. 11.

Tutor certæ rei, & causæ dari non potest, curator autem certæ rei, & causæ dari potest. 12.

Aliæ differentiæ assignantur remissiuè. 13.

QVamuis regularitèr ea, quæ dicuntur de tutoribus, intelligenda etiam sint de curatoribus, cum in paucissimis differant inter se, prout scribit *Modestinus in l. scire ff. de excus. tut.*, & statutum loquens de tutoribus, æquè intelligendum sit de curatoribus per textum *in l. qui neque §.* 1. *ff. de reb. minor. & l. si in emptione §. fin. ff. de contrahen. empt.*, & multoties curator accipitur pro tutore, & è contra *Gratianus discept. for. c.* 830. *num.* 1., *& Rot. Rom. part.* 14. *recent. decis.* 473. *num.* 11. *& seqq.* Nihilominus in nonnullis differunt, & sub hoc titulo placet singillatim omnes differentias assignare, de quibus latè *Mantanus de tut. & curat. c.* 29. *per totum*, *& Ioannes Gutierez de tut. part.* 1. *c.* 19.

Prima differentia est, quod tutor detur principaliter personæ, & secundario rebus per ea, quæ in præcedentibus latè commendauimus; curator verò, vel rebus tantum, vel principaliter rebus, & non nisi secundario personæ, saltem regulariter loquendo, per textum *in l. in copulandis C. de nupt.*, *Marianus Socinus cons.* 97. *n.* 6. *lib.* 1. Dixi, *vel rebus tantum*, quod contingit, quando datur absentibus, seu facultatibus absentium, vel quando datur hæreditati jacenti, vel quando bonis cessis, vel ad lites tantum, vel in alijs similibus casibus. Dixi, *vel principalitèr rebus, & secundario personæ*, quod contingit, vel quando datur prodigis, vel amentibus, vel minoribus, quia licet dentur principalitèr pro rebus ad effectum, ne inanitèr profundantur, quoquo modo tamen tenentur etiam personas custodire. Dixi, *regularitèr saltem loquendo*, propter nonnullos volentes, nec incongruè, curatores amentibus, & furiosis æquè principalitèr dari personis, sicuti tutores pupillis, & impuberibus, per textum *in l. consilio ff. de curat. furios.*, 1

1 Tutores dantur principalitèr personæ, & secundario rebus curatores vel solū rebus, vel si personis etiam nonnisi secundario.

Decius

2 Non est improbabile, quod curatores in ordine ad amentes, & furiosos dentur æquè principalitèr personis.

Decius in l. quo tutela §. nemo n. 4. ff. de reg. iur., Montanus de tut., & curat. c. 29. nu. 9., nam isti, quamuis fuerint ætate adulti, in dirigendis tamen se ipsis, rebusq; suis sunt tanquam pupilli, ipsisq; in iuditio æquales, sicque etiam quoad personam indigent tutore, sicuti pupilli.

Circa hanc differentiam insurgit solummodo aliqua difficultas, à quonam Iudice dandi sint curatores quando persona habitat in vno loco, & bona sita sunt in alio, in quo est alius Iudex; vel quando persona ratione status est sub vno Iudice, & bona sub alio Iudice, vt, si persona, cui dandus est curator, sit clericus, & eius bona sint sub potestate laicali? In ordine ad quam difficultatem dico primo, quod, si curator datur tantum rebus, & res ipsæ sint in alio territorio ab eo, in quo habitat ille, cuius sunt illæ res, talis curator dandus sit à Iudice territorij, in quo sita sunt bona *Alexander cons. 44. num. 17. lib. 5., Aymon cons. 271. in princip. vers. 2. posito, Montanus d. c. 29. num. 7.*, nec difficilis est probatio huius nostri assetti, quandoquidem Iudex territorij, in quo sunt bona, est legitimus in ordine ad eadem bona, ergo, cum cura versari debeat circa huiusmodi bona, ad Iudicem eiusdem territorij pertinebit curatorem assignare, nec curandum erit de persona, cuius bonis curator præficiendus est, quandoquidem ipsa non venit sub tali cura. Verum tamen est, quod, si persona, & bona eius fuerint in eadem quidem prouincia, & persona fuerit maioris magistratus, seu habitator, & ciuis in ciuitate dominante, & bona sint in eadem quidem prouincia, sed in territorio minoris magistratus, puta in oppido, seu villa quoquomodo subiecta eidem ciuitati dominanti, tunc curator videatur dandus à Iudice maioris magistratus, sub quo est persona, quandoquidem hoc est priuilegiũ degentium sub maiori magistratu, vt iudicia circa eorum bona licet sita in loco minoris magistratus intententur, & terminentur sub eodem maiori magistratu, vt passim videmus obseruari in alijs omnibus iudicijs. Dico secundo, quod, si persona ratione status sit sub vno Iudice puta Clericus sub potestate Ecclesiastica, & bona eius sint sub potestate laicali, & curator dandus tantum sit bonis, dari debeat à Iudice laico, sub cuius iurisdictione sunt eadem bona *Alexander d. cons. 44. n. 17. lib. 5., & ibi Molina, Marianus in c. si quis Clericus num. 23. de foro compet., Ripa in c. 2. nu. 10. de iudic., Decius cons. 150. nu. 3., & 7.* Ratio a contrario sensu deducitur ex ijs, quæ in præcedentibus dicebamus, dum de tutore dando Clericis impuberibus, quem ideo dandum diximus à Iudice Ecclesiastico, quia principalitèr datur personæ, & nonnisi secundario rebus, ergo à contrario sensu, cum hac in hypothesi curator dandus sit rebus tantum, & nullo modo personæ, vtique dandus erit ab illo Iudice, sub cuius iurisdictione sunt bona, adeoq; à laico. Dico tertio, quod quando curator æquè principalitèr datur personæ, puta furiosi, & amentis, vt supra diximus, sicuti tutores dantur pupillis, tunc talis curator dandus sit à Iudice, sub cuius iurisdictione est persona, cui dandus est, & sic, si fuerit Clericus à Iudice Ecclesiastico, vel, si persona fuerit sub vno territorio, & bona eius sub alio, dandus sit à Iudice territorij, sub cuius potestate est persona; & in hoc cõsentiri arbitror *Decium in l. quo tutela §. nemo n. 4. ff. de reg. iur. Addit. ad Portium tit. Generali de tutel. nu. 12., Montanum de tut. d. c. 29. n. 9.*, & ratio in promptu est, quia, cum æquè principalitèr huiusmodi curatores dentur personis, sicuti tutores dantur pupillis, non video, cur eandem rationem, idemque ius non debeant in constitutione sortiri, quam, seu quod sortiuntur pupilli, & per consequens non video, cur ab eadem potestate non debeant constitui. Dico quarto, quod, quando huiusmodi curatores non dantur tantum rebus, sed rebus simul, & personis, licet principalitèr rebus, & non nisi secundario personis, tunc probabilius dandus sit à Iudice, sub cuius potestate sit persona, & ratio est, quia licet persona sub illo munere non veniat, nisi secundario, ipsa tamen non potest cadere sub potestate laicali, si fuerit Ecclesiastica, vel sub alia potestate laicali, in cuius territorio non degit, ergo dandus erit curator ab illo Iudice, sub cuius iurisdictione est persona, cui dandus est.

3 Si curator datur tantũ rebus dãdus est ab illo Iudice, in cuius territorio sunt res.

4 Si ille, cuius bonis dandus est curator, fuerit maioris magistratus dandus est curator à maiori magistratu, quamuis bona sint in villa.

5 Si persona sit sub potestate Ecclesiastica, & bona sub laicali, quando curator dandus est bonis, dandus est à Iudice laico

6 Si curator dandus sit æquè principalitèr personæ tunc dandus est ab eo Iudice, sub cuius potestate est persona.

7 Si dandi sunt curatores rebus simul, & personis, licet principalius rebus, dãdi sunt à Iudice, sub quo est persona.

Secunda differentia est, quod tutor regularitèr datur impuberibus, & ijs ad summum, qui impuberibus comparantur per ea, quæ supra commendauimus; curator autem puberibus *Decius in l. quo tutela §. nemo ff. de reg. iur., & l. curator ff. de tutor., & curat. dat. ab his*; ex qua differentia alia emanat, quod tutoris munus finiatur finita impuberrate, hoc est completo decimoquarto anno in masculo, & duodecimo in fæmina, per textum *in l. 1. C. quando tutor; vel curat. esse de §. Instit. quib. mod. tutel. fin. in princip.*; munus verò curatoris non finitur nisi anno 25., per textum *in §. 1 Instit. de curat., & l. 1. ff. de minor.*

8 Tutores dantur impuberibus, curatores puberibus.

Tertia differentia, quod habenti tutorem

torem alius tutor non datur, per textum *in §. interdum, & ibi Portius instit. de curat., Corneus cons. 281. n. 6. lib. 1., Castrensis cons. 413 nu. 1. vers. 3. lib. 2., Andraas Barbatius cons. 61. nu. 5. lib. 3., Parisius cons. 85. num. 1. lib. 3.*, quod tamen in pluribus fallit, & primo, si plures dati fuerint testamento tutores, & alter, vel vt suspectus fuerit remotus, vel se legitimè excusauerit, tunc loco eiusdem per sententiam Iudicis, alter potest substitui, per textum *in l. si quis sub conditione ff. de testam. tut., & d. §. interdum instit. de curat., & ibi Angelus in princip. vers. nota, quod, si tutor*; Item, si datus fuerit vnus tutor etiam insolidũ, qui prouocet, vel appellet; tunc alius tutor temporaneus erit dandus pupillo, qui interim tutelam gerat, prout ex rescripto D. Pij refert *Vulpianus in l. cum quidam ff. de tut., & curat. dat. ab his*, quod certè teste Modestino necessarium est potissimum ad effectum adeundæ hæreditatis, quoniam ad hoc non sufficit curatoris auctoritas *l. cum in vno §. 1. ff. de appell.* Item, si tutor datus pupillis factus fuerit ex interuallo furiosus, amens, surdus, & mutus, potest eisdem pupillis alius dari tutor, per textum *in l. cum plura ff. de tut.* Item, si pupillis datus fuerit tutor in testamento sub conditione, vel in diem, alius dari potest, qui tutelam gerat pendente conditione vel die, quiq; postea desinet purificata conditione, vel die adueniente, per textum *in l. si nemo l. si hæreditas, & l. si quis ff. de testament. tut. §. sed, & si instit. de Attilian. tut.* Item, si pupillis datus fuerit tutor, & statutum permittat ad instantiam consanguineorum eorundem pupillorum alium dari posse ex causa, vtique eadem causa existente alius per Iudicem dari poterit *Franciscus Curtius cons. 46. super controuersia Parisius cons. 85. nu. 3. lib. 3.* Dixi *eadem causa existente*, quæ vtique per eundem Iudicem debet cognosci: Tutorem autem habenti in pluribus alijs casibus, in quibus alius tutor dari non potest, potest dari curator, per textum *in l. curatorem habenti C. qui dari tut. pos. l. veneri tutor §. curatorem ff. de tut., & curat. dat. ab his.* Si autem inquiratur, cur regulariter habenti tutorem alius tutor dari non possit, benè tamen curator? tunc dicam, hoc prouenire, quia tutor ex genere suo plenam habet potestatem, & per consequens alius non videtur admittendus in eandem potestatem; curator autem, cum detur rebus, potest ad certas designari, vel ad lites &c.

9 Tutorem habenti regulariter non datur alius tutor.

10 Fallit tamen in pluribus casibus qui recensentur.

11 Tutorem autem habenti potest dari curator.

Quarta differentia est, quod tutor certæ rei, & causæ dari non potest, per textum *in l. certarum rerum, & l. seq. ff. de testament. tutel., & §. ad certum tempus vers. certa instit. Qui testam. tut. dar. pos.*, & vtrobiq; adducitur ratio, quia tutor personæ non rebus solum datur, curator autem & certis rebus, & determinatis causis dari potest. *Portius in tit. de curat. nu. 4., Angelus in § certa instit. Qui testam. tut. dar. pos.*, & vlterius colligitur ex textu *in §. 1. in vers. item inuiti instit. de curat.*

12 Tutor certæ rei, & causæ dari non potest, benè tamen curator.

Alias differentias alij enumerant, vel sitas in eo, quod tutores testamento dari possunt, non sic curatores, vel in eo, quod tutores inuiti etiam inuitis dari possunt, non sic curatores, sed de his nos sufficientèr egimus in præcedenti prænotione, vbi quando testamento dari possunt curatores, & quando non, item quando inuiti, & inuitis, & quando non; vndè ibi dicta sunt recolenda, non hic repetenda.

13 Aliæ differentiæ assignantur remissiuè.

DISQVISITIONES I.

A prima ad decimam Prænotionem inclusiuè.

§. I.

An, qui de suo statu dubitat, possit habere tutorem.

SVMMARIVM.

Status disquisitionis exponitur. 1.

Controuersia status, secundum Glosam moueri non potest, nisi ad tempus pubertatis acquisita. 2.

In fauorem pupilli potest antecedenter moueri. 3.

Pendente quæstione status super persona pupilli, potest ei dari tutor, vel curator, si egressus fuerit impubertatem. 4.

Ex eo, quod dubitans de suo statu, non possit conficere testamentum, non benè arguitur, quod ei tutor dari non possit. 5.

Si tutor datus fuerit pendente quæstione status, & subinde iudicatum fuerit, non esse liberum, datio non redditur nulla ab origine, sed solum à tempore lata sententia. 6.

Si pendente quæstione status tutor datus deliquerit, conueniri potest actione tutelæ. 7.

Si pendente quæstione status tutor datus fuerit, & lata fuerit sententia pro libertate, tenet datus vsque ad tempus pubertatis. 8.

Quæ dicta sunt de tutore pendente quæstione status,

status, intelligenda etiam sunt de curatore. 9.

1 Status disquisitionis exponitur.

DIsquisitio I. Dictum fuit *in praenot. 1. huius tituli de tut., & curat. in vers. dicitur in capite libero*, dum de definitione tutelae, quod illi nequeat dari tutor, qui iam est sub aliena potestate, prout latè *Proculus lib. 8. Epistol. in l. non dubito §. liber autem ff. de captiv., & postlimin. revers.* Modò dubitatur, an aliquis in pupillari aetate adhuc existens sit sub aliena potestate, vtrum scilicet sit seruus, vel liber, vel si sit filius, an eius pater adhuc viuat, vel non viuat? & inquiritur, an eidem in tali dubio status liberi, vel subiecti possit dari tutor?

2 Quaestio status secundum glosam moueri non potest, nisi post pubertatem.

Glosa *in l. ei qui ff. de tut., & curat. dat. ab his in verb. ei, qui de statu*, mouet dubium, quod non videatur quaestio status moueri posse, nisi ad tempus pubertatis acquisitae, per textum *in l. 3. §. fin. ff. de Carbon. edicto*, adeoque videatur non esse locus huic controuersiae, nam, cum peruenerit ad statum pubertatis, in quo solummodo potest esse quaestio status, iam cessat ratio indigentiae tutoris, vndè ad summum tunc poterit dari curator; sed respondet *ibidem Glosa*, quod, cum ita expediat pupillo, possit in ipsius fauorem antecedentèr moueri; vndè rectè aperitur via praesentis dubitationis.

3 In fauorem pupilli potest antecedentèr moueri.

Circa quam inquirendum remanet primo, an in illa quaestione status possit dari tutor, qui administret durante illa quaestione, an verò solummodo curator? Secundo, ex suppositione, quod possit dari tutor, an, si fuerit datus, & postea in quaestione status conclusum, quod non sit liber, tunc solummodo censeatur cessare munus tutelae, an verò à principio intelligatur nulla illius tutoris datio, adeo vt, si sic datus pro illo tempore, quo pendente quaestione administrauit, deliquerit, aduersus ipsum non detur actio tutelae, sed solum actio negotiorum gestorum? Tertio, an, cum fuerit datus pendente quaestione status, si conclusum fuerit in illa quaestione, quod sit liber, teneat datio solummodo vsq; ad tempus illius sententiae, an verò sine alia ordinatione protrahatur vsque ad tempus pubertatis?

Variae quaestiones examinandae circa titulum.

4 Pendente quaestione status super persona pupilli, potest ei dari tutor, vel curator.

Respondeo primo ad primum. Pendente quaestione status super persona pupilli, potest eidem dari tutor, vel curator, si fortè egressus sit impubertatem *Salicetus, & Glosa in l. 1. C. qui dar. tut., & curat. pos., Vulpianus, & Glosa in l. ei, qui ff. de tut., & curat. dat. ab his*, quidquid ex aduerso dixerit *Montanus de tut., & curat. c. 3. nu. 44.*, qui etiam allegat *Vulpianum in d. l. ei, qui*, sed meo videri incongruè, quandoquidem Vulpiauus videtur tantum asserere, quod, si non sit liber, tutela tantum cesset à die sententiae, caeterum non negat datiouem validam esse in sua origine. Haec nostra responsio apertè euincitur *ex d. l. 1. C. qui dar. tut., vel curat. pos.* Ibi- *Non ideo oportuit impediri, quominus liberali causa ordinata curator tibi daretur, per quem defendi causa tua possit*, & licet hic textus videatur solummodo loqui de curatore dato ad causam defendendam; nihilominus *Glos. ibid. in verb., quia interim in fine*, explicat etiam de tutore, quando ille, cui datur, est pupillus. Item euincitur, *ex d. l. ei, qui ff. de tut., & curat. dat. ab his.* Ibi- *Ei, qui de statu suo litigat, tutorem dari posse Pomponius scribit, & verum est.* Ratio autem huius responsionis est, quia quãdo causa liberalis ordinata est, eaque pendet, dubius pro libero habendus est, quod colligitur *ex d. l. 1. C. qui dare tut.* Ibi- *Quia interim pro libero habebaris*, & sic, cum pro illo tempore causae status pendentis habeatur, vt liber, non est, cur illi tutor dari non possit. Nec obstat, si dicatur, quod dubitans de suo statu, an scilicet liber sit, vel seruus, non possit validè conficere testamentum, prout allegato *Vulpiano lib. 12. ad edictum ex rescripto D. Pij in l. de statu ff. de testam., & qui test. fac. pos.*, probat *Montanus de tut., & curat. d. c. 3. n. 44.*, ergo etiam in casu, quo quis dubitat de suo statu, non poterit eidem tutor constitui; Non obstat, inquam, quia diuersa omnino est ratio de dubitante conficiente testamentum, ac de dubitante, cui tutor constituitur; quia, quod pupillus recipiat tutorem est actus necessitatis, cum hoc pertineat ad Rempublicam, & inuito etiam dari possit, quod vero dubitans conficiat testamentum est actus voluntarius, & liber. Adde, quod causa pupilli est causa maximè priuilegiata, & liberalis; testamenti autem factio actiua nõ est ita priuilegiata, nisi sit in milite, vt *in l. ex militari §. fin. ff. de milit. testam.*, vel in veterano, *vt in l. Aristo ff. de condit., & l. 2. §. fin. ff. vndè legit., & l. 1. resp. 1 ff. de legat. 3.*, ex quibus iuribus sic efformo argumentum ad rem nostram. Ex priuilegio, quo gaudent veterani, & milites possunt conficere testamentum dubitantes de suo statu, quamuis alijs dubitantibus interdicatur, ergo ex priuilegio quo gaudent pupilli in ordine ad causam liberalem poterunt habere tutores, quantumuis dubitent de suo statu. Adde vlterius, quod ex dispositione iuris pupillus litigans de suo statu

Iura, quibus euincitur responsio.

5 Ex eo, quod dubitans de suo statu, non possit conficere testamentum, non benè arguitur, quod ei tutor dari non possit.

pro

pro tempore, quo litigat, reputetur, vt liber, per textum *in d. l. 1. C. qui dar. tut., vel curat. pos.*; nullibi autem in iure dispositum reperitur, quod dubitans de suo statu liber reputatur in ordine ad conficiendum testamentum.

6

Si pendente quæstione status, tutor datus fuerit, & posteà definitū, non esse liberum, datio nō est irrita ab origine, sed à tempore latæ sententiæ.

Respondeo secundo. Tutor, si fuerit datus pendente quæstione status pupilli, & subindè fuerit iudicatum non esse liberum, datio non redditur nulla ab origine, sed tunc tantum cessat tutela, quādo lata est sententia contra libertatem *Ludouicus Roman. cons. 576. incip. scis, quod Doct., Glosa in l. lite C. de liberal. caus., & in l. 1. C. qui dare tut., vel curat. pos.*, quidquid ex aduerso sentire videatur *Montanus de tut., & curat. d. c. 3. nu. 44.* Expresse deducitur primo *ex d. l. 1. C. qui dare tut., vel curat. pos.*, vbi dicitur, quod pendente quæstione status pupillus pro libero habeatur, quod etiam clarè habetur *in d. l. lite C. de liberal. caus.*, ergo non est, cur pro illo tempore, pro quo pendet quæstio, tutor datus non debeat subsistere. Secundo ex eo deducitur, quod habet *Glosa in d. l. 1. C. qui dare tut., & curat. pos. in verb., quia interim*, nempè, quod, quando iudicatur, liberum non esse, non duret tutela vsque ad pubertatem, teneat tamen vsque ad sententiam. Tertio, ex paritate deducta *ex l. si quis ex aliena ff. de iudic.*, vbi, quod in dubio, an quis sit Iudex, verè est Iudex, donec iudicauerit, se esse vel talem, vel non talem, ergo etiam in incertitudine, quod pupillus sit sui iuris, & liber, vel alieni, & seruus, se habebit, vt liber, adeoq; pro illo tempore tutor ei datus verè erit tutor. Quarto, quia, si tutor sic datus pendente quæstione status non teneret, sententia per Iudicem lata, quod non sit liber, non teneret, vt potè, quæ lata esset contra pupillum indefensum, seu defensum per illegitimam personam.

Rationes, quibus innititur responsio.

Neque obstare potest textus *in l. ei qui ff. de tutor., & curat. dat. ab his*, quod *ità demū teneat datio, si liber inueniatur*, ergo a contrario sensu non tenebit datio, si liber non inueniatur, cum illâ particula, *ità demum*, addita alteri conditionali, *si inueniatur*, importet solummodo validitatem, si constabit de libertate, & non aliter. Non, inquam, obstare potest, quia, vt benè notat Glosa *in d. l. ei, qui in verbo teneat datio*, ille textus intelligēdus est respectiuè, non absolutè, scilicet in eo sensu, vt teneat datio vsque ad pubertatem, si inueniatur liber conformitèr ad textum *in l. curatorem ff. de tut., & curat. dat. ab his*, si vero non inueniatur liber, teneat solummodo vsq; ad finem causæ, vt notat *Glosa in d. l. 1. C. qui dare tut. pos.*

Soluuntur rationes oppositæ.

7

Si pendente quæstione, tutor datus deliquerit, conueniri potest actione tutelæ.

Ex his poteris deducere, quod, si tutor sic datus pendente quæstione status, & postea cognitus non liber deliquerit in tutela, seu administratione eiusdem perseuerante eadem quæstione, possit conueniri actione tutelæ, non solum actione negotiorum gestorum, cum verè, & realitèr pro illo tempore fuerit tutor.

8

Declarata libertate, tutor datus perseuerat vsque ad tempus pubertatis.

Respondeo tertio. Si tutor fuerit datus pendente quæstione status pupilli, & hic liber fuerit adiudicatus, tenet datio non solum vsque ad tempus sententiæ, sed etiam vsque ad tempus pubertatis *Glosa in d. l. 1. C. qui dare tutor., vel curat. pos., & in d. l. ei, qui in verb. teneat datio ff. de tut., & curat. dat. ab his.* Ratio ex eo deducitur, quia datio tutelæ in ordine ad pupillos ex genere suo perseuerat vsque ad tempus pubertatis, ergo, cum hic datus fuerit vt tutor, & pupillus adiudicetur, vt liber, non erit, cur ad normam veræ tutelæ, non debeat perseuerare vsq; ad tempus pubertatis, in quo cessat quæcunque tutela; Neq; dicas, quod hic tutor detur ad normam Attiliani tutoris, qui, sicuti datur solummodo ad effectum adeundæ hæreditatis, qua addita immediatè cessat, ita & hic detur solummodo ad effectum defensionis in pendentia causæ circa statum libertatis, qua habita immediatè cesset, & alius sit dandus, vel ipse renouandus; contra enim impugnaberis, quia gratis omnino dicitur, quod hic tutor detur ad effectum defensionis in pendentia quæstionis status, cum expressè contrarium deducatur *ex d. l. ei qui ff. de tut., & curat. datis ab his*, vbi, cum dicatur, quod *tunc demum teneat datio, si liber est*, vtique supponitur, quod, quando iudicatus est liber, perseueret tutela, cæteroqui incongruè diceretur, quod, quando est liber, teneat datio, si tunc immediatè cessaret tutela; vndè congrue *Glosa in d. l. ei qui in verbo teneat datio*, subdit, *vsque ad pubertatem*, addita in confirmationem *l. curatorem §. fin. ff. de tut., & curat. dat. ab his*, quod idem affirmat *Glosa in d. l. 1. C. qui dare tut.*

Soluuntur rationes oppositæ.

9

Quæ dicta sunt de tutore pendente quæstione status intelligenda sunt proportionaliter de curatore.

Hæc, quæ dicta sunt de tutore dato in pendentia quæstionis super statu libertatis, intelligenda sunt de curatore dato in tali quæstione adulto, sed minori, vel etiam furioso, vel mentecapto, & etiam maiori, adeout, si adiudicetur liber, cura perseueret vsque ad ætatem annorum 25., si fuerit minor, & sanæ mentis, vel vsque ad sanum sensum, si fuerit maior, & furiosus &c.; si verò adiudicetur seruus vsque ad complementum sententiæ.

§. II.

§. II.

An, quando est datus curator ventri prægnanti, idem edita in lucem prole perseueret vt tutor.

SVMMARIVM.

Series disquisitionis exposita. 1.
Exponuntur duo casus, circa quos potest dubium versari. 2.
Si Pater, vel Iudex constituerit filijs iam natis tutorem, vel implicitè, vel explicitè nascituris curatorem, eundem, edita iam prole hic perseuerat vt tutor. 3.
In ijs, quæ pertinent ad commodum prolis in vtero existentis hæc æquiparatur natis. 4.
Hæc verificantur, siue Pater expressè dederit filijs tutorem, & curatorem ventri prægnanti, siue nulla facta mentione ventris prægnantis. 5.
Idem intellige, quando tutor datus est à Iudice, siue facta mentione ventris prægnantis, siue nulla facta mentione. 6.
Si Pater nulla alia habita prole ventri prægnanti tutorem dederit, hic erit pro tempore ventris prægnantis curator, postea tutor. 7.
Si Pater dederit ventri prægnanti curatorem sub puris terminis curatoris, sententia asserens edita prole eius munus cessare. 8.
Probabilius tamen perseuerare debet, vt tutor. 9.
Constitutus à Iudice vt curator ventris prægnantis edita prole perseuerat vt tutor. 10.
Datus à Iudice sub puris terminis curatoris ventri prægnanti edita prole cessat. 11.

DIsquisitio II. Quamuis in præcedentibus, & præsertim *in prænot. 1. huius tituli* dixerimus, quod attentis ra-
1 tionibus, quibus innituntur scribentes,
Status disquisitionis expositus.
non benè concludatur, quod ventri prægnanti non possit dari tutor, sed ad summum curator; nihilominus attento communi consensu, nonnullisque iuribus hoc exprimentibus latè allegatis a *Montano de tut. & curat. c. 3. num. 48.* pro nunc sistimus in eo, in quo cæteri conueniunt, quod scilicet ventri prægnanti possit solummodo dari curator, non tutor. Hoc retento modo inquirimus, an ille, qui datus est curator ventri prægnanti, vel à Patre per testamentum, vel a Iudice, edita postea in lucem prole mutato munere curatoris fiat ipso iure tutor sine alia ordinatione, an verò indigeat noua ordinatione, vt constituatur tutor, an verò, quasi quod iste compleuerit munus, ad quod datus est, possit alter in tutorem prolis iam natæ assignari?

Vt clarius in resolutione huius dubij
2 procedam, duos casus assigno, circa quos
Exponuntur duo casus, circa quos potest dubium versari.
titulus potest versari; vel etenim supponimus, quod Pater relictis pluribus filijs, & simul ventre prægnante testamento dederit filijs tutorem simplicitèr nulla facta mentione ventris prægnantis, seu etiam facta mentione ventris prægnantis eidem expressè eundem curatorem constituerit, quem iam natis dederit tutorem; vel fortè etiam, quod Patre defuncto sine testamento Iudex per inquisitionem filijs iam natis dederit tutorem nulla facta mentione ventris prægnantis, seu tutorem eisdem filijs, & expressè ventri prægnanti curatorem, & hic est primus casus; Vel supponimus, quod Pater nullis alijs habitis filijs, sed solummodo relicto ventre prægnante decesserit eidem in testamento constituto curatore, vel quatenus ipse intestatus decesserit, Iudex ventri constituerit curatorem; & hic est secundus casus. Iuxta vtrumque casum dubium dirimo. Quamobrem

Respondeo iuxta primum, quod (siue Pater constituerit testamento expressè
3 filijs iam natis tutorem, & ventri præ-
Si Pater, vel Iudex constituerint filijs iam natis tutorem, & eundem ventri prægnanti, vel explicitè, vel implicitè curatorē edita prole hic perseuerat vt tutor.
gnanti curatorem, vel expressè tutorem iam natis, & solum implicitè nascituro, seu ventri curatorem, quatenus constituendo expressè tutorem filijs, intelligatur voluisse implicitè eundem esse curatorem ventri prægnanti, siue Iudex mortuo Patre intestato, vel nullo relicto tutore, & curatore dederit expressè filijs iam natis tutorem, & curatorem ventri, vel hunc solummodo implicitè in datione tutoris filijs iam natis) ille curator quocunq; ex allegatis modis constitutus ventri prægnanti, edita postea prole remaneat etiam respectu eiusdem propriè tutor absque alia ordinatione. Hanc decisionem quoad hunc casum sic expositum apud neminem vidi, eam tamen arbitror a nemine impugnari, cum sit iuribus, & rationibus conformis. Pro qua considero ex vna parte iuxta communem opinionem, quod ventri prægnanti proprie tutor non possit constitui per textum *in l. ventri ff. de tut. & curat. dat. ab his, & l. 1. §. si quis quasi ff. de eo qui pro tut.*, nec ex eo, quod cum ventre prægnante existant alij filij iam nati, fit, quod tutor datus respectu istorum sit etiam tutor eiusdem ventris prægnantis; non, inquam, hoc fit, quia, cum iuxta hanc communem sententiam venter pręgnans ex se non admittat tutorem, non potest eundem admittere ex eo, quod idem

venter alios filios habuerit, & habeat iam natos, quandoquidem ratio, ob quã ſcribentes volunt ventri prægnanti non poſſe tutorem conſtitui, eſt, quia tutor datur principalitèr perſonæ, quod verificari non poteſt reſpectu prolis in vtero exiſtentis, quæ ratio æquè militat, ſiue extent alij filij iam nati, ſiue non extent; Ex alia parte conſidero, quod, cum in datione tutoris, vel curatoris verſetur commodum eorum, quibus datur, vtiq; eadem datio teneat etiam in ordine ad prolem in vtero exiſtentem, ita tamen vt munus exerceatur iuxta conditionem eiuſdem prolis, cui datur, vt ſi adhuc in vtero exiſtat, erga illam exerceatur munus curatoris, ſi edita ad lucem, munus tutoris; Hoc clarè videtur euinci ex textu *in l. eum Pater ff. de negot. geſt.* Ibi *Cum Pater teſtamento poſthumo tutorem dederit, iſque tutelam interim adminiſtrauerit, nec poſthumus natus fuerit, eum eo non tutelæ, ſed negotiorum geſtorum agendum erit; quod ſi natus fuerit poſthumus, tutelæ erit actio &c.* vbi vides, quod, ſi Pater ventri prægnanti, ſeu poſthumo tutorem teſtamento dederit, pro tempore, quo proles non fuit edita, hic non exerceat, niſi nominatiuè munus tutelæ, cum aduerſus ipſum non detur actio tutelæ; & quod poſtea illud munus exerceat, quando proles fuit nata; quod idem habetur *in l. ſi nemo tutorem §. teſtamento datus ff. de teſtam. tut.*

Rationes, pro hac reſponſione.

Hæc omnia confirmari poſſunt ex eo, quod in ijs, quæ pertinent ad commodum, & vtilitatem prolis in vtero exiſtentis, eadem proles ſecundum ſuum modum, & conditionem veniat cum iam natis, prout habetur *in l. qui in vtero ff. de ſtat. hom. & l. quod dicimus ff. de verb. ſignif.*, *Alciatus in l. intelligẽdus ff. eod.*, vnde merito *Alciatus ex Dino in d. l. intelligendus ff. de verb. ſignif.* dicit, quod, ſi Auus centum relinquat cuilibet nepoti, qui tempore mortis ſuæ viuet, etiam centum debeantur nepoti in vtero exiſtenti, ſi naſcatur. Item *Montanus de tut. & curat. c. 8. num. 30.*, quod in conſtitutione D. Adriani, qua omnia damnatorum bona conceduntur liberis, veniant & illi, qui adhuc in vtero exiſtunt iuxta textum *in d. l. qui in vtero ff. de ſtat. homin.* Item *Tiraquel. in l. ſi vnquam verbo ſuſceperit num. 146. C. de reuoc. donat.* aſſerit, quod in inſtitutione liberorum hæredum veniant etiam poſthumi, non tamen antequam naſcantur; Cum ergo, & in datione tutoris verſetur commodum, & vtilitas ventris prægnantis, non eſt, cur ſecundum proprium modum, & conditionem non debeat venire idem venter cum alijs filijs iam natis, hoc eſt ſub cura, quatenus adhuc nata proles non fuerit, ſub tutela, quatenus in lucem fuerit edita.

4 In ijs, quæ pertinent ad commodum, & vtilitatem prolis in vtero exiſtentis, hæc venit cũ iam natis.

Hæc etiam maximam vim habent *in §. eum autem Inſtit. de tutel.* Ibi *Cum autem in compluribus alijs cauſis poſthumi pro iam natis habeantur, & in hac cauſa placuit non minus poſthumis, quam iam natis teſtamento tutores dari poſſe, dummodo in ea cauſa ſint, vt ſi viuis parentibus naſcerentur, ſui hæredes, & in eorum poteſtate fierent.*

Quæ dicta ſunt, æquè intelligenda veniunt, quando Pater expreſsè tutorem dederit teſtamento, & filijs, & ventri prægnanti, ac quando dederit filijs nulla facta mentione eiuſdem ventris prægnantis, non ſolum ob eam rationem, quod in ijs, quę concernunt commodum prolis naſcituræ, vel exiſtentis in vtero matris, hæc quoque veniat nomine filiorum iuxta d. textum *in l. qui in vtero ff. de ſtat. homin.*, ſed etiam ob pręſumptam voluntatem Patris, qui ex eo, quod filijs dederit tutorem, præſumendus eſt, voluiſse dare & proli in vtero exiſtenti, ne teneamur dicere partim inteſtatum, partim teſtatum deceſſiſse.

5 Hæc verificantur ſiue Pater dederit filijs tutorem, & ventri prægnanti curatorem, ſiue nulla facta mentione ventris prægnantis.

Rurſus, quæ dicta ſunt de tutore dato per Patrem in teſtamento, quando teſtatus deceſſit, locum etiam videntur habere quoad tutorem datum à Iudice, quando Pater inteſtatus deceſſit nullo relicto tutore filijs; ſi etenim à Iudice per debitam inquiſitionem, ſeruatiſque ſeruandis datus fuerit tutor filijs iam natis, & ſimul ventri prægnanti, vtique hic in ordine ad iam natos exercebit munus tutelæ, & in ordine ad ventrem prægnantem munus curationis, quouſque proles fuerit edita, qua poſtea edita commune munus tutelæ etiam in ordine ad iſtam tenebit; Quod etiam intelligendum, quantumuis Iudex in tali tutoris datione non expreſserit ventrem prægnantem, quia in fauorabilibus etiam venter prægnans venit nomine filiorum.

6 Idem intelligendum, quando tutor datus eſt à Iudice, ſiue facta mentione ventris prægnantis, ſiue nulla facta mentione.

Reſpondeo ſecundo iuxta ſecundum caſum. Si Pater nulla habita alia prole ventrem prægnantem reliquerit, eidemque tutorem teſtamento dederit, tenet datio, ſed ſic datus pro tempore ventris prægnantis exercebit munus curatoris, & poſtea prole in lucem edita munus tutoris. Expreſsè, & in fortioribus terminis deducitur ex ijs omnibus, quæ dicta ſunt in probatione præcedentis reſponſionis, & etiam colligitur ex textu *in l. ſi nemo tutorem §. teſtamento datus ff. de teſtam. tut.* Ibi *Teſtamento datus poſthumo tutor nondum eſt tutor, niſi poſthumus edatur, datur tamen aduerſus eum ſubſtituto pupilli negotiorum geſtorum actio &c.*, & poſtea ſubditur, quod, ſi partus editus fuerit, & geſſerit,

7 Si Pater nulla alia habita prole ventri prægnanti tutorem dederit, hic pro tempore ventris prægnantis erit curator, pro tempore Hi-[?] prolis tutor.

tc-

Rationes pro hac responsione.

teneatur actione tutelæ; quod clarius explicans *Bartolus in d. l. si nemo §. testamento* dicit, quod de eo, quod tutor testamento datus gessit, antequam nascatur posthumus, teneatur actione negotiorum gestorum, si verò post eum natum gesserit in actionem tutelæ deuoluitur, quod certè indicat, quod pro tempore, pro quo proles nondum est edita, gerat solum munus curatoris, cum non teneatur actione tutelæ, pro tempore vero, quo venter fætum edidit, gerat munus tutelæ, cum eiusdem actione obligetur. Neque obstant ea, quæ *in eod. §. testamento datus posthumo* subduntur videlicet, *si quid planè gessit post editum partum, de eo quoque, quod ante gessit, tutelæ iudicio tenebitur, & omnis administratio in hanc actionem veniet*; si ergo, quando post editum aliquod gessit, tenetur etiam actione tutelæ pro gestis, antequam proles nasceretur, consequens est, quod etiam pro illo tempore ante partum gesserit vt tutor; Non obstant, inquam, quia ex eo, quod teneatur actione tutelæ pro gestis ante editam prolem, quando etiam gessit post partum, non sequitur, quod gesserit vt tutor, antequam proles ederetur, sed solum, cum continuentur gesta, & ante, & post partum, ratione continuationis vna, & eadem actio conceda tur, ne inordine ad effectum connexum actiones multiplicentur trahente actione tutelæ vt potè fortiori, & validiori ad se actionem negotiorum gestorum.

Alia ponderatio circa responsioně.

Præter allegatum ius *in d. l. si nemo tutorem §. testamento datus ff. de testam. tut.* valide comprobat responsionem consideratio, quod Pater in datione illius tutoris ventri prægnanti præsumendus sit voluisse consulere omni meliori modo vtilitati eiusdem ventris prægnantis, & antequam proles ederetur, & postquam esset edita, ergo regulando eius dispositionem iuxta dispositionem iuris dicendum est, quod, cum ius disponat, quod ventri prægnanti potius constituatur curator, quam tutor, & edita prole potius tutor, quam curator, & eius mens eo fuerit relata, vt pro tempore, quo venter adhuc esset prægnans, exerceat munus curatoris, & pro tempore, quo proles iam est edita, munus tutoris.

Sed quid dicendum erit, si Pater relinquendo ventrem prægnantem eidem in testamento reliquerit curatorem solummodo sub puris terminis curatoris? an tunc edita prole perseuerabit vt tutor? an verò cessabit etiam à munere curatoris? ita vt alius tutor proli editæ sit per Iudicem constituendus, si non adsit legitimus, vel subintret legitimus, si adsit? *Montanus de tut. & curat. c. 8. num. 33.* videtur asserere, quod iam nato posthumo 8
curator datus statim ab officio decidat, quod non videtur dissonum a ratione, siquidem, cum curator detur solummodo, vt talis, vel post pubertatem quæsitã, vel antequam proles nata sit, & incæperit impubertatem, videtur quod, quando proles iam incæpit impubertatem per natiuitatem, eidem sit ex genere suo constituendus tutor, adeoque officium curatoris cessare debeat; neque aliud voluerit testator, nam, si voluisset perseuerantiam eiusdem in tutela, nomine tutoris constituisset. His tamen minimè obstantibus asserendum est, quod ex præsumpta mente testatoris perseuerare debeat edita prole cum munere tutoris, vel saltem à Iudice sit confirmandus in tutela; quandoquidem, quia in iure, vt plurimũ promiscuè accipiuntur curator, & tutor

Si Pater ventri prægnanti curatorem sub puris terminis curatoris dederit sententia asserens edita prole eius munus cessare.

Montanus de tut. & curat. c. 29. num. 1., Gratianus discept. for. c. 830. num. 1., Rota Rom. part. 14. recent. decis. 473. nu. 11. & seqq., 9
ideo non incongrue arbitrarer curatorem sic datum ventri prægnanti à testatore non cessare ab officio prole iam edita ad lucem, sed perseuerare tanquam tutorem. Rationem ex eo deduco, quia, cum præsumatur Pater maxime sollicitus de bono, & vtilitate suæ prolis, non est præsumendus eidem voluisse solummodo consulere pro tempore, quo in vtero existit, & negligere illius curam pro tempore impubertatis, pro quo maximè indigens est, ergo ex rationabiliter præsumpta ipsius voluntate dicendum est, quod sic datus intelligatur datus etiam pro tempore, pro quo proles iam nata est; & vbi etiam ex vi illius dationis sic conceptæ non prorogaretur vt tutor, videtur per Iudicem prorogandus, vt se confirmet voluntati præsumptæ testatoris; Neque obstant, quæ in contrarium afferebantur, quandoquidem licet illa datio sit concepta sub puris terminis curatoris, ex promiscua tamen acceptione curatoris, & tutoris pro eodem, & ex præsumpta voluntate dantis intelligenda est pro tutore.

Probabilius tamě perseuerare debet vt tutor.

Rationes pro hac responsione, & solutiones contrariorũ.

Respondeo tertio, quod, si Pater mortuus fuerit nulla relicta prole, sed solum- 10
modo ventre vxoris prægnante, nulloque constituto tutore, nec curatore, & non existentibus tutoribus, seu curatoribus legitimis per Iudicem constitutus fuerit tutor ventri prægnanti facta debita inquisitione, hic non solum perseueret vt curator pro tempore ventris prægnantis, sed etiam vt tutor pro tempore partus editi vsque ad pubertatem. Rationem ex eo deduco, quia testamento

Constitutus à Iudice vt curator ventris prægnantis edita prole perseuerat vt tutor.

ſit poteſt dare tutor ventri prægnanti, qui perſeuerat ad tempus pubertatis, & ſi de facto datus fuerit verè durat per ea, quæ ſupra probauimus, ergo etiam, ſi datus fuerit per Iudicem ſeruatis, quæ in hoc genere ſeruanda ſunt, perſeuerabit edito iam fætu ad tempus pubertatis; Conſequentia probatur, quia in hoc concurrit poteſtas Iudicis dantis, voluntas dandi, & vtilitas eius, cui datur, nec dantis poteſtas reſtringitur ad tempus fætus in vtero exiſtentis, cum nulla ſit ratio reſtrictiua, & limitatiua ad illud tempus. Accedit, quod tutor vt tutor potiſſimum datur pro tempore impubertatis, ergo pro eo tempore potiſſimum debet locum habere; nec obſtat, quod datus fuerit pro tempore, quo proles adhuc in vtero exiſtebat, pro quo nondum incæperat impubertas; non obſtat, inquam, quia, cum datus fuerit ad cuſtodiam, tùm prolis in vtero exiſtentis, tùm eiuſdem vt natæ pro illo primo tempore debet intelligi datus ad curam, & pro ſubſequenti ad tutelam, licet ſub communi nomine tutoris, quia hæc eſt potior.

Rationes pro hac reſponſione.

Reſpondeo quarto. Non exiſtente tutore, ſeu curatore teſtamentario, nec legitimo, ſi per Iudicem datus fuerit ventri
II prægnanti curator ſub puris terminis curatoris, probabilius eſt, quod edita in lucem prole hic ab officio ceſſet. Iuxta hunc ſenſum arbitror procedere *Montanum de tut. & curat. d.c.8.num.33.*, hocq; videtur colligi ex textu *in l. 1. §. tandiu ff. de vent. in poſſeſ.mit.*, *Angelus in §. cum autem Inſtit. de tutel.* Ratio ex eo deducitur, quia nec ex diſpoſitione iuris, nec ex ordinatione Iudicis curator ſic datus ventri prægnanti debet edita prole perſeuerare in tutela, non ex diſpoſitione iuris, quia curator datus ad ventrem prægnantem ex vi eiuſdem iuris non eſt tutor prolis editæ, cum eius munus, niſi ad curam eiuſdem ventris extendatur; non ex ordinatione Iudicis propter eandem rationem, quia hic dedit curatorem ventri, non tutorem pupillo; Neque obſtant ea, quæ dicebantur de curatore ventris prægnantis dato per Patrem in teſtamento, ſcilicet quod prorogetur ad tutelam infantis iam nati; Non obſtant, inquam, quia ibi militat præſumpta mens teſtatoris, qui, ex quo prouidit de curatore ventri, non præſumitur negle-xiſſe prouidere de tutore infanti nato.

Datus à Iudice ſub puris terminis curatoris ventri prægnanti edita prole non perſeuerat.

---

§. III.

An non extante curatore teſtamentario ventri prægnanti Mater intelligatur, ſi velit, curatrix, & alijs præferenda.

SVMMARIVM.

Senſus diſquiſitionis expoſitus. 1.
Rationes ſuadentes Matrem, ſi velit, eſſe curatricem ventris prægnantis. 2.
Rationes contrarium ſuadentes. 3.
Quomodo poſſit conſtitui curator ventri prægnanti. 4.
Reijciuntur aſſerentes non poſſe eſſe curatores, niſi datiuos. 5.
Mater poteſt eſſe curatrix ſui ventris prægnantis ſimpliciter. 6.
Quando dicitur, quod Mater ſuo ventri prægnanti teneatur petere curatorem, intelligitur, quando ipſa nolit eſſe curatrix. 7.
Mater prægnans mortuo marito debet petere mitti in poſſeſſionem ventris nomine, & deinde aſſumere curam, vel petere curatorem. 8.

DIſquiſitio III. Ex pluribus ſparſim in præcedentibus prænotionibus dictis Mater in ordine ad proprios filios impuberes non exiſtente tutore teſtamentario remanet tutrix, ſi velit, cum excluſione quorumcunque aliorum, ſiue legitimorum, ſiue datiuorum. Modo inquiritur, an hoc idem intelligendum ſit in ordine ad proprium ventrem prægnantem, quatenus intelligatur eiuſdem curatrix, ſi velit, cum prælatione ad quoſcunque alios. I

I Senſus diſquiſitionis exponitur.

Videtur concludendum, quod Mater non exiſtente curatore teſtamentario ſit præferenda cuicunque alteri in curatione ſui ventris prægnantis; ſicuti enim in tutela filiorum impuberum ipſa habet prælationem quoad alios omnes exceptis teſtamentarijs per textum *in auth. vt Matri, & Auiæ C. quand. mul. tut. offic. fung. poc. §. quia vero in auth. vt ſine prohibitione mat. cred. & l. matris pietas C. qui pet. tut.*, item in curatione filiorum adultorum, vel furioſorum per ea, quæ commendauimus ſupra *prænot. 27. dum de furioſis verſ. in ordine ad tertium*; ita videtur etiam præferenda in curatione ventris prægnantis, cum non appareat de ratione contrarium euincente. 2

2 Rationes ſuadentes matrem, ſi velit, eſſe curatricem proprij ventris prægnantis.

Quia tamen communiter dicitur, quod Mater prægnans teneatur ventri curatorem petere, cum primum poteſt,

alias

alias à filij successione cadat per textum *in l. 2. §. si mater verf. quid si cum prægnans esset ff. ad Sen. Consult. Tertul.*, *Baldus in l. pretibus C. de impub. & alijs substit. nu. 36. & in l. matres 3. C. ad Senat. Consult. Tertul. num. 7. & in §. impuberis num. 5. Instit. de Attilian. tut.* videtur, quod ipsa non sit admittenda tanquam curatrix eiusdem ventris prægnantis, cæteroqui non esset, cur caderet a successione, si non peteret, posset enim ipsa ad exclusionem aliorum velle esse curatrix.

3 Rationes contrarium suadẽtes.

Vt distinctius hac in controuersia procedamus, notandum est curatorem in ordine ad ventrem prægnantem dupliciter posse constitui, vel quatenus præcisè detur bonis competituris proli in vtero existenti, si edatur in lucem, vel quatenus detur eidem ventri ad illius scilicet custodiam, quæ duo esse diuersa expressè colligitur ex textu *in d. §. impuberis n. 5. Instit. de Attilian. tut.* vbi dicitur, quod, si Mater non petierit dari curatorem ventri prægnanti, non priuetur successione, benè tamen, si non petierit dari curatorem rebus; quod, an verum sit? alibi iudicabitur; hoc tamen tanquam certum admittunt *Baldus sibi contrarius conf. 288. ad fin. vol. 2.*, *Ioannes Andreas in addit. ad Speculat. tit. de tutorib. §. nunc dicendum in addit. fin.*, *Ioannes Gutierez. de tut. & curat. part. 1. c. 16. num. 50.*

4 Quomodo possit constitui curaror ventri prægnãti.

Nonnulli arbitrantes, curatorem esse non posse, nisi datiuum, vt in specie *Speculator in tit. de curat. §. cum autem nu. 19.*, *Montanus de tut. & curat. c. 29. num. 34.* existimant etiam non posse esse curatorem legitimum, vel testamentarium ventris prægnantis, adeoque, nec matrem posse esse legitimam curatricem prolis in suo vtero existentis, sicque aperiri solum locum datiuo. Sed in præcedentibus nos late diximus, posse esse curatores etiam legitimos, vt expresse *in l. sæpe ff. de curat. furios.*, vbi, quod Iudex non dat curaturem, nisi deficientibus Agnatis, & gentilibus, quod etiam affirmat *Montanus de tut. & curat. c. 27. nu. 10.*, & *c. 28 nu. 11.*, & in specie, quod mater, & Auia tanquam curatrix præferenda sit alijs in custodia filiorum suorum docet idem *Montanus d. c. 28. nu. 77. & 78.*, qui, cum asseruerit, quod etiam in cura præferendi sint ij, qui in successione præferuntur iuxta mentem *Bartoli in l. 1. ff. de legit. tut.*, *Saliceti in l. vlt. C. eodem*, *Angeli in §. actionum n. 32. Instit. de action.*, *Cagnoli in l. quo tutela ff de reg. iur.*, qui asserit ita aliquando obtinuisse, & vt verius, & receptius profitetur *Decius conf. 16. n. 3.*, asserit postea quodamodo excipiendo, quod etiam, si mater à statuto excludatur à successione filiorum, nihilominus in cura eorundem præferatur alijs etiam habentibus ius successionis, addita ratione, quod mater habeat tutelam ob fiduciam, non ob successionis commodum; ex quibus corruit fundamentum, cui innituntur præcitati DD. asserentes matrem non posse esse legitimam curatricem sui ventris prægnantis, eo quia curatores solum dentur per Iudicem, nec possint esse testamentarij, nec legitimi.

5 Reijciuntur asserentes, non posse esse curatores nisi datiuos.

Quamobrem ego probabilius sentio, matrem, si velit, posse esse curatricem proprij ventris prægnantis quoad gubernium, tum fœtus in vtero existentis, tum bonorum. Hanc conclusionem in his terminis apud neminem expresse comperi; arbitror tamen veram, & absolutè amplectendam. Rationem ex eo deduco, quod in principio huius disquisitionis insinuabam, quia mater in tutela filiorum suorum, si velit, eam assumere, præfertur quibuscumque alijs iuxta textum *in auth. matri, & Auia C. quando mul. tut. offic. fung. pot.*, & *à corpore vndè sumitur*, quod etiam verificari quoad curam eorundem iuxta allegata ex mente *Bartoli, Saliceti, Angeli, & Cagnoli*, tanquam certius statuit *Decius d. conf. 16. n. 3.*, & *seqq.*, ergo etiam, si velit, præferenda erit in cura ventris prægnãtis, & bonorum; Dato etenim semel, quod mater possit esse legitima tutrix, & curatrix filiorum suorum, quando indigent tutela, & cura, non video, cur non possit esse curatrix eorundem filiorum, quando in vtero ad huc existunt. Confirmatur, quia mater prægnans mortuo marito potest velle esse tutrix filij in vtero existentis, cum reductus fuerit ad lucem, ex generali ratione *d. auth. matri, & Auia C. quando mul. tut. offic. fung. pot.*, à qua ratione non excluditur mater ex eo, quod proles non fuerit edita, nam eius propositum non refertur ad tempus, quo proles nondum est nata, sed ad tempus partus, ergo etiam potest velle esse curatrix prolis pro tempore, quo in vtero existit; dato etenim, quod relatiuè ad congrua tempora possit esse tutrix, & curatrix filiorum, non video, cur non possit esse etiam curatrix prolis nascituræ.

6 Mater, si velit, potest esse curatrix sui ventris prægnantis simpliciter.

Rationes pro hac responsione.

Neque obstant ea, quæ pro contraria opinione afferebantur, nempè, quod mater mortuo marito teneatur ventri prægnanti curatorem petere, cæteroqui a filij successione cadat iuxta allegatum textum *in l. 2. §. si mater verf. quid si, cum prægnans esset ff. ad Senat. Consul. Tertul.*; ex quibus aduersarij inferunt, quod eadem

dem mater non possit esse curatrix eiusdem ventris, Non obstant, inquam, quia etiam habetur in iure, quod mater teneatur filijs impuberibus iam natis petere tutorem, cæteroqui decidat à successione filij, vel a legatis eidem relictis, per ea, quæ alibi commendauimus, & habetur *in d. l. 2. §. si mater ff. ad Senat. Consult. Tertul.*, *& in §. sed quemadmodum instit. eod. tit.*, *& l. matris, & l. cum à matribus C. qui pet. tut.*, *& l. 2. ff eod. tit.*, vbi Bartolus latè agit de hac materia; hocq; expresè docent *Parisius cons. 41. vol. 2.*, *Mantuanus cons. 335.*, *Antonius Gabriel. lib. 6. commun. opin. concl. 1. de tutel.*, & tamen nullus negat, quod, si mater voluerit formitèr assumere tutelam, ipsa sit cęteris pręferenda per allegata iura *in auth. matri, & Auiæ*, ergo ex eo, quod mater teneatur ventri prægnanti petere curatorem, non tollitur, quin ipsa, si velit, possit esse curatrix. Quando igitur dicitur, quod mater prægnans teneatur petere ventri curatorem sub pæna negatæ successionis, hoc intelligendum est, quando ipsa non vult asumere, vel impotens est ex alio capite ad asumendum.

7 Quando dicitur, quod mater teneatur suo ventri pręgnanti petere curatorem, intelligitur quando ipsa nolit esse curatrix.

Quod, si dixeris, disparem esse rationem de matre quoad tutelam, in ordine ad filios impuberes iam natos, ac de eadem quoad curam in ordine ad prolem in vtero adhuc existentem, eo quia cura, sicuti etiam, & tutela, ex genere suo est relatiua, & relatio quoad hunc effectum benè saluatur in ordine ad filios iam natos, cum indigeant distincto gubernio, distinctisque alimentis, non autem in ordine ad nascituros, cum mater regendo se ipsam quoquo modo regat & prolem intra se ipsam existentem, nec ista indigeat distincto gubernio, & regimine, adeoq, cura debet esse in alio ab ipsa matre, cum eiusdem ad se ipsum non detur relatio; Si, inquam, hoc dixeris, statim impugnaberis, quia proles in vtero matris existens, si sit formata, & animata, est distincta persona ab ipsa matre, adeoque matris ad ipsam potest ese relatio, & maius gubernium, maiorque cura exigitur in ordine ad matrem, quãdo est prægnans, & cum fætu in vtero existente, ac in ordine ad matrem secundum se sumptam, & non prægnantem. Deindè, si ex eo, quod idem sit gubernium, & cura prolis, & matris, quando mater est prægnans, dicitur, quod eadem mater non potest esse curatrix; & ego dicerem, quod homo non esset custos, nec esse possit talis sui ipsius, suorumque membrorum ex eo, quod custodia versaretur circa se ipsum, quod nemo dicit.

Soluũtur nonnullę rationes oppositę.

Dixi *posse esse curatricem proprij ventris prægnantis, & quoad gubernium fætus in vtero existentis, & quoad curam bonorum*; & quidem quoad gubernium prolis non video, quid possit obstare propter rationes mox adductas; quoad regimen verò bonorum deducitur ex eo, quod, sicuti eorum potest esse curatrix, quando proles est edita, ita possit esse, quando proles adhuc est in vtero; Pro quo aduerte, quod mortuo marito, si mulier remanserit prægnans debeat petere mitti in possessionem bonorum ventris nomine, per textum *in l. 1. per totum ff. de ventre in possess. mittend.* Deindè, si ipsa velit, seruatis seruandis curam assumit, sic verò nolit esse curatrix, tunc debet petere curatorem, per textum *in l. 1. §. quoties ff. de vent. in possess. mit.*, qui curator conferet cibum, potum, vestitum, & lectum mulieri, per eundem textum *in l. 1. §. mulier, & l. curator ff. eodem tit.*, *Baldus cons. 126. quidam vol. 1.*

8 Mater pręgnans debet petere mitti in possessione bonorum, ventris nomine, & deindè assumere curam, vel petere curatorem.

Quod, si dicatur, per hoc non videri rectè prouisum creditoribus mariti defuncti, quandoquidem per talem curam à matre pręgnante assumptam, possent in suis iuribus fraudari, vndè videtur eisdem consulendum per dationem alterius curatoris, Si, inquam, hoc dicatur; statim erit impugnatio, primo, quia hac ratione in casu creditorum nec posset esse rutrix filiorum impuberum, quod nemo dicet, quia esset contra dispositionem *d. auth. matri, & Auiæ C. quando mul. tut. offic. fung. pos.* Secundo, quia satis eisdem creditoribus prouisum intelligitur ex eo, quod mater prægnans debet assumere curam seruatis seruandis, & præstitis debitis cautionibus, vndè tenetur conficere inuentarium *Baldus, & alij in l. fin. §. sin autem C. arbitr. tutel. §. fin. iuncta glos. in verb. descriptiones, vt sine prohibitione matres*, qui licet procedant quoad susceptionem tutelæ videntur tamen locum habere ob paritatem rationis etiam quoad assumptionem curæ, item teuetur satisdare, per *Nouellam Iustiniani constitutionem 118. ad fin.*, *Montanus de tut., & curat. c. 32. reg. 7. num. 22.* per textum *in l. 4. §. pertinet, & l. de creationib. §. sin autem ff. de Episcop. audient.* Ex quibus deducitur, quod, sicuti, si mater petierit dari curatorem, & ventri prægnanti, & bonis, creditores debeant esse contenti, cũ sint securi, ob id, quod curator præstat debitas cautiones, per textum *in l. 1. §. quoties ff. de ventr. in possess. mat.*, ita, & debent esse contenti de cura matris, quãdo eadem assumptio formitèr, & cum debi-

Soluuntur instãtię oppositæ.

debitis cautionibus, ex quibus cauti constituuntur.

---

§. IV.

Ad quid teneatur tutor testamento datus posthumo, siuè hic nascatur, siuè non nascatur.

SVMMARIVM.

Referuntur rationes dubitandi circa titulum. 1.

Si tutor datus ventri prægnanti gesserit, & deliquerit, mortua prole antequam fuerit edita, non potest conueniri per substitutum actione tutelæ, sed tantum negotiorum gestorum. 2.

Si edita prole nihil gesserit, sed fuerit remotus, non tenetur pro gestis actione tutelæ. 3.

Si edita iam prole aliquid circa tutelam gesserit, & deinde remotus fuerit, tenetur actione tutelæ, non solum pro gestis post natiuitatem, sed etiam antecedenter. 4.

DIsquisitio IV. Dictum est *in præcedenti §. 2.*, quod tutor testamento datus posthumo, quamuis propriè tutor non sit, antequam nascatur posthumus, intelligatur tamen curator, quousque ortus fuerit. Modo supponimus, quod Caius, v. g., instituerit sibi hæredem posthumum in ventre vxoris existentem, & eidem substituerit Titium, & successiuè posthumo primò instituto scripserit tutorem Andræam, & deindè Caius testator decesserit vtero vxoris prægnante relicto. Supponimus vlterius, quod Andræas scriptus tutor post mortem Caij gesserit administrationem bonorum perseuerante vtero prægnante, & quod deindè posthumus, antequam editus, mortuus fuerit; vel fortè etiam supponimus, quod fætus viuus ortus fuerit; sed ex causa Andræas scriptus tutor post natiuitatem a tutela fuerit remotus, & sic inquirimus primo, qua actione Andræas conueniri possit, si in suo munere deliquerit, per Titium substitutum, si proles fuerit mortua, antequam edita? Secundo, qua actione possit conueniri, si posthumus fuerit natus, si post natiuitatem nihil gesserit? Tertio, qua actione, si aliquid post natiuitatem gesserit, tam pro gestis ante natiuitatem, quam de gestis post illam?

1 Facti series, & rationes dubitandi circa ipsum.

Respondeo primo. Si Andræas gesserit ventre prægnante, & in tali gestione deliquerit, & proles, antequam fuerit edita, perierit, non potest conueniri per Titium substitutum actione tutelæ, sed solum actione negotiorum gestorum. *Bartolus, & Glossa in l. si nemo tutorum §. testamento datus ff. de testam. tut.*, & ratio ex eo deducitur, quia pro tempore ante natiuitatem prolis in vtero existentis Andræas, nec est tutor, nec gessit, vt tutor, per textum *in d. §. testamento datus*, Ibi- *Testamento datus Posthumo tutor nondum est tutor, nisi posthumus edatur*, & hoc congruit cum præcedentèr dictis, nempè, quod ventri prægnanti non datur tutor, sed curator, per textum *in l. ventri ff. de tut., & curat. dat. ab his*, ergo aduersus ipsum pro gestis pro tempore, pro quo non erat tutor, non potest agi actione, tutelæ si quidem actio consurgit ex munere, quod quis gerit; vndè pro eo tempre, pro quo non agit, vt tutor, actio tutelæ non potest aduersus ipsum consurgere; Hoc expresè colligitur ex *d. l. si nemo tutorum §. testamento datus ff. de testam. tut.*, & clarius *in l. cum Pater ff. de negot. gest.* Quod autem aduersus ipsum competat actio negotiorũ gestorum, ex eo facilè euincitur, quia de facto gessit negotium pupilli, & in eo deliquit, vndè contraria actione negotiorum gestorum tenetur.

2 Si tutor datus ventri prægnanti gesserit, & deliquerit mortua prole antequam nascatur, non potest conueniri actione tutelæ, sed tantum negotiorũ gestorũ.

Iura pro responsione.

Quod, si dicatur, quod à testatore fuerit datus, vt tutor, & gesserit ex munere sibi ab eodem commisso, adeoque aduersus ipsum in tali munere delinquentem competat actio tutelæ; statim erit responsio, quia datio per testatorem in testamento intelligenda est relatiuè ad dispositionem iuris, quamuis sit concepta sub puris terminis tutoris, adeoq; prout refertur ad curationem pro tempore ante natiuitatem, pro quo non potest, esse tutor, & ad tutelam pro tempore post natiuitatem, pro quo erit tutor; quod, si testator præcise nominauerit sub terminis tutoris, hoc est, quia, cum tutela debeat ex genere suo diutius durare, præsumitur, quod testator respexerit ad id, quod potius est, & diuturnius, quam ad id, quod minus est, & citius terminandum.

Solutio contrariorum.

Respondeo secundo. Si edita prole Andræas nihil gesserit, & à munere sibi per testatorem commisso fuerit remotus, non tenetur erga substitutum, nisi actione negotiorum gestorum. Consonat cum ijs, quæ dicta sunt *in præcedenti §. 2. in respons. 2.*, & consentiunt *Bartolus, & glossa in d. §. testamento datus*, & expresè euincitur ex *d. l. cum Pater ff. de negot. gest.*, & *d. §. testamento datus*. Ratio ex ijs, quæ dicta sunt in præcedenti responsione, de-

3 Si edita prole nihil gesserit, sed fuerit remotus, non tenetur actione tutelę.

du-

ducitur, quia scilicet actio datur ex munere, quod quis gessit, pro tempore autem, pro quo poterat esse tutor, nempè post natiuitatem posthumi circa eius personam, & bona nihil gessit, adeoque non tenetur ex tali munere, & per consequens, nec actione tutelæ. Quod, si dixeris, quod, cum præsumatur antecedentèr ad natiuitatem omnia ad tutelæ administrationem requisita præstitisse, & subindè ortam esse prolem, videatur ex ipsa natiuitate firmatam esse tutelam in ipsius persona; eo etenim ipso, quo proles lucem aspexit per natiuitatem, subditur personæ tutoris à parente dati, & si quid requiritur, est, quod præstet congruas cautiones, quas, cū antecedentèr præstiterit, non est, quid retardare debeat munus tutelæ, quo habito, & firmato non est, cur omnes actiones præcedentes ad actionem tutelæ non debeant referri, sicuti referuntur omnia præcedentèr gesta ad natiuitatem ad actionem eiusdem tutelæ, quando tutor post natiuitatem aliquid gessit; sufficit enim munus tutelæ in eodem fuisse firmatum. Si, inquam, hæc dixeris, statim impugnaberis, quia actio tutelæ datur aduersus tutorem pro administratione eiusdem tutelæ; vndè, si non administrauerit post susceptum munus tutelæ, non tenetur actione ex eodem contractu.

4 Edita prole, si quid gesserit circa tutelā, tenetur actione tutelæ pro gestis, non solum post natiuitatē, sed etiam ante.

Respondeo tertio. Si Andræas orta iam prole aliquid circa tutelam gesserit, & deindè remotus fuerit, tenetur actione tutelæ non solum pro gestis post natiuitatem prolis, sed etiam pro gestis tempore ventris prægnantis. Consonat cū ijs, quæ diximus *in d. §. 2. responsione 2.*, & etiam expressè habetur *in d. l. si nemo tutorem §. testamento datus ff. de testam. tut.*, & *l. cum Pater ff. de negot. gest.* Ratio ex eo deducitur, quod in præcedentibus dicebamus, nempè, quod in continuatione gestorum, iam pro tempore curationis, quam pro tempore tutelæ, ne actiones multiplicentur, & diuersificentur, iura tribuunt totam actionem ex eo munere, quod potius est, eum ex genere suo id, quod præcipuum est, trahat ad se, quod est minus præcipuum, sicq; concedunt actionem ex munere tutelæ, eum hoc fortius sit.

§. V.

An Patre recusante administrare, vel res filij agnoscere possit eidem filio, vel impuberi, vel minori ad aliquem actum dari curator.

SVMMARIVM.

Status disquisitionis expositus. 1.
Patre recusante cognoscere bona filij, potest ad vnum actum illis rebus secundum aliquos dari curator. 2.
Patre recusante adire, seu agnoscere hæreditatem filio delatam, potest filius, si fuerit maior septennio, adire, & deindè petere curatorem. 3.
Per hoc corrigitur ius antiquum, secundum quod filius non poterat adire, nisi ex iussu Patris. 4.
Si filius fuerit læsus, restituitur in integrum. 5.
Si filius fuerit infans, & Pater hæreditatem recusauerit, poterit, cum factus fuerit sui iuris, per tutores adire. 6.
Quomodo intelligendum sit, quod Patre recusante agnoscere bona filij, possit eidem dari curator ad vnum actum. 7.

Disquisitio V. Dictum est in præcedentibus, quod Patrem habenti non possit tutor dari, per textum *in princip. instit. de tutel.*, eo quod tunc filius non est caput liberum, quod requiritur, vt quis possit tutorem recipere, prout latè diximus, dum de definitione tutelæ. Modo supponimus, quod filius Patrem habeat, sed Pater recuset administrare, & cognoscere res filij, & inquirimus, an eidem filio habenti patrem possit assignari curator in ordine ad administrationem, & agnitionem bonorum eiusdem filij.

1 Facti series exposita.

2 Secundū aliquos patre recusante agnoscere bona filij, potest ad vnum actum dari illis bonis curator.

Affirmant in hac hypothesi, qua pater recusat administrare, & cognoscere bona filij, posse ad vnum actum illis rebus dari curatorem *Iason in l. bonorum C. qui admit. ad bonor. per textum in l. cum in vna §. tutor ff. de appell., Bartolus in l. si impuberi ff. de tutor., & curat. dat. ab his l. fin. §. sin autem, & ibid. Glos. verb. hæreditatem C. de bon. quæ lib.*

Difficultas solummodo potest esse in eo, quod diximus in præcedentibus, quod scilicet curator ex proprio munere non possit pro pupillo adire hæreditatem

Vndè oriatur ratio difficultatis.

tem, vndè, si Pater nolit cognoscere, cum ipse pupillus per se ipsum nequeat adire, vtique prò datione illi dandus esset tutor ad normam Attiliani, & sic vel dandus esset vnus tutor, qui, & adiret, & postea administraret, vel prius dandus esset tutor ad adeundum, & postea curator ad administrandum, quæ non videntur congruere cum allegata opinione Iasonis, & aliorum, qui volunt simplicitèr patre recusante administrare, & agnoscere, posse dari curatorem rebus pupillis.

Pro resulutione dubij in præsenti paragrapho escitati consideeanda est ætas pupilli, an fuerit maior septenio, & minor 25. annis, an verò fuerit minor septenio; es hac etenim diuersa consideratione oriri possunt diuersæ rationes decidendi.

Respondeo primo, Patre recusante adire, vel aguoscere hæreditatem filio delatam, si hic fuerit maior septenio, sed minor annis 25. poterit per se adire hæreditatem, qua adita petere à Iudice curatorem pro administratione *Phylippus Decins in l. bonorum n.2. C. qui admis. ad bonor., Montanus de tut., & eurat. c.3. n.60. vers. sed contra hanc limitationem*. Expresè colligitur, *ex l. fin. §. sin autem in 2. ætate C. de bon. quæ lib.* Ibi- *Sin autem Patre reensante filius adire maluerit, damns quidem licentiām ei hoc facere. Nolente autem Patre res filij gubernare propter causæ necessitatem habeat facultatem filius adire competentem iudicem, & ab eo petere curatorem hæreditati dari, per quem gubernatio rerum ad eum delatarum procedat*.

3 Patre recusante adire, seu agnoscere hæreditatem filio delatam, potest hic, si fuerit maior septenio adire, & petere curatorem.

Ex quo testu plura ad rem præsentem pertinentia colliguntur, & primo hanc dispositionem habere solummodo locum in filio in secunda ætate constituto. Ibi- *Sin autem in secunda ætate adhuc filius est*; nomine autem secundæ ætatis intelligit *Glosa ibid. in verb. sin autem in secunda ætate* annum post septimum, & ante vigesimum quintum.

Secundo colligitur, per hanc legem corrigi dispositionem iuris antiqui, secundum quam filius non poterat acquirere hæreditatem, nec adire, nisi præcedente iussu Patris per textum, *si quis mihi bona §. iussum ff. de acquiren. hæredit. & l. serno inuito in princip. ff. ad Trebel.*; Corrigitur, inquam, quia hic dicitur *Sin autem Patre recusante filius adire maluerit, damus quidem ei licentiam hoc facere*.

4 Per hoc corrigitur ius antiquum, secundū quod filius non poterat adire nisi ex iussu Patris.

Tertio colligitur dari facultatem adeundi Iudicem, & petendi curatorem rebus, quod intelligitur, postquam ipse adiuetit hæreditatem, per quod soluitur difficultas supra proposita, quod scilicet curator vt talis non possit hæreditatem adire; in hac enim hypothesi supponitur adita hæreditas pee ipsum minorem, & postea, quod rebus constituatur curator.

Curator non adit hæreditatem, sed ipse filius.

Vltimo Imperator prouidet indemnitati pupilli in illa aditione per ipsum facta, si fortè fuerit læsus, cum polliceatur restitutionem in integrum non denegaturum. Ibi- *In vtroque casu in integrum restitutionis auxilio minimè ei denegando*.

5 Si filius fuerit læsus restituitur in integrum

Respondeo secundo. Si filius adhuc fuerit infantili ætate, & Pater recusauerit adire hæreditatem, poterit postea idem filius, si sui iuris fuerit effectus per suos tutores vtique dandos ad hunc effectum adire, & postea petere curatorem bonorum, quod expresè videtur colligi *ex d. l. fin. in §. vbi autem puerilis ætas in verb. si vero Pater C. de bon. quæ liber.* Ibi *Sin vero Pater quidem hæreditatem repudiauerit, infante filio constitnto, ipse autem filius postea, vel adhuc in sacris constitutus, vel patria potestate liberatus adeundam esse crediderit eandem hæreditatem, licentiam damus ei, vel si sui iuris efficiatur, tutoribus eius hæreditatem adire*; vbi nota, quod textus consideret eundem pupillum in duplici statu, & quando adhuc est in sacris constitutus, hoc est sub patria potestate, & quando est à tali potestate solutus, & sie statuit, quando adhuc est sub patria potestate, dandam esse ipsi facultatem pee se ipsum adeundi, Ibi- *Licentiam damus ei*; quando verò est solutus tali potestate, facit facultatem adeundi per suos tutores. Ibi *Vel si sui iuris efficiatur, tutoribus eius hæreditatem adire*.

6 Si filius fuerit infans, & Pater hæreditatē recusauerit, cum peruenerit ad ætatem, poterit per tutores hæreditatem adire.

Pro complemento eorum, quæ dicuntur sub hoc titulo, inquires quomodo intelligendum sit id, quod dicitur, nempe recusante Patre administrare, vel agnoscere bona filij, posse dari curatorem *ad vnum actum*? Pro quo aduerte, iura in hoc distinguere duos quodamodo actus, alterum in ordine ad personam filij, alterum in ordine ad hæreditatem, & ad ministrationem eiusdem; Dum igitur dicitur curatorem dari posse ad vnum actum, hoc intelligendum est quoad hæreditatem, & administrationem rerum, non quaod tutelam personæ, nam, quando est sub potestate Patris, ei tutor, & curator quoad personam dari non potest per textum *in l. fin. ff. de curat. furios.*

7 Quomodo intelligendum sit, quod recusante Patre agnoscere bona filij posse eidem filio dari curator ad vnum actum.

§. VI.

An tutor datus à Iudice Eccleſiaſtico Clerico habenti bona extra territorium, in quo datur, ſi ſe excuſet quoad bona extra territorium, poſſit quoad talia bona dari alius a Iudice laico, & à quonam.

SVMMARIVM.

Series diſquiſitionis exponitur. 1.
Recuſante tutore à Iudice Eccleſiaſtico dato Clerico adminiſtrare bona alibi ſita dandus eſt alius à Iudice Eccleſiaſtico. 2.
Non eſt tamen damnanda tanquam improbabilis contraria ſententia. 3.
In ſuppoſitione, qua dandus eſſet curator illorum bonorum à Iudice laico, ab illo dandus eſſet, in cuius territorio ſita ſunt bona. 4.

DIſquiſitio VI. Latè diximus in præcedentibus ad Iudicem Eccleſiaſticum ſpectare tutorem dare Clerico priuatiuè quoad Iudicem laicum addi-
1 ta ratione, quia tutor datur principalitèr
Status controuerſię expoſitus. perſonæ, & ſecundario rebus; perſona autem Clerici non ſubditur iuriſdictioni Iudicis laicalis. Hoc ſuppoſito ſupponimus vlterius, quod Clericus habeat patrimonium diuiſum, & plurima bona in alio territorio valde diſſito, & quod tutor datus a Iudice Eccleſiaſtico ſe excuſet quoad bona alibi ſita; poſtea quærimus, an quoad huiuſmodi bona poſſit alius tutor conſtitui a Iudice laico? & an à Iudice loci, in quo ſita ſunt bona? an verò à Iudice domicilij eiuſdem Clerici, cuius ſunt bona?

Ratio dubitandi ex vna parte conſurgit ex eo, quod in hac hypotheſi tutor non datur perſonæ, ſed rebus alibi ſitis,
Vnde deſumatur ratio dubitandi circa hãc hypotheſim. quæ res vtique ſunt ſubiectæ poteſtati, & iuriſdictioni laicali per ea, quæ alibi fusè docuimus, præcipue, ſi talia bona alibi ſita ſint patrimonialia eiuſdem Clerici, & per conſequens, cum tutor ſit dandus non in ordine ad perſonam Clerici, ſed in ordine ad bona laicis ſubiecta, erit dandus per Iudicem, cui ſunt bona ſubiecta, adeoque per laicum; Ex alia parte, cum ius ad bona ſequatur perſonam Clerici, eidemque inhæreat, ſicuti perſonæ Clerici tutor datur per Eccleſiaſticum, ita & eius bonis videtur per eundem dandus. Propter hanc rationem *ſub hoc eodem titulo prænot.* 17. *ſub aſſert.* 4. *verſ. ſed difficultas aliqua* confutauimus opinionem *Pauli de Caſtro conſ.* 353. *Incip. curator datur num.* 2. *vol.* 1. aſſerentis, quod Iudex Eccleſiaſticus circa perſonam Clerici, & obligationem perſonæ det tutorem, laicus verò det circa bona. Quid iam concludendum?

Reſpondeo primo, probabilius eſſe etiam in hoc caſu tutorem dandum eſſe
2 per Iudicem Eccleſiaſticum, quidquid ex
Recuſante tutore à Iudice Eccleſiaſtico dato Clerico adminiſtrare bona eiuſdem ſita extra territorium dandus alius à Iudice Eccleſiaſtico. aduerſo dicat *Montanus de tut. & curat. d. c.* 3. *num.* 28. Rationem ex eo deduco, quia Clerico datur tutor à Iudice Eccleſiaſtico, & quoad perſonam, & quoad bona, & ſic ab eodem datus extenditur ad quæcunque bona eiuſdem Clerici etiam alibi ſita per textum *in §. datus Inſtit. de excuſ. tut.*, *Alexander conſ.* 128. *nu.* 3. & 4. *lib.* 1. per textum *in l. propter litem §. licet ff de excuſat. tut. l. magis puto §. illud ff. de reb. cor.* quidquid ex aduerſo dixerit *Paulus de Caſtro d. conſ.* 353. quem ſupra confutauimus, ergo etiam per eundem Iudicem Eccleſiaſticum erit alter ſubrogandus in ordine ad eadem bona alibi ſita, quando primus tutor ſimpliciter datus quoad eadem bona alibi ſita ſe excuſauit, quandoquidem ad eum ſpectat ex genere ſuo ſubrogare, ad quem ſpectat primo dare, Nec obſtat, ſi dicatur, quod in prima datione Iudex Eccleſiaſticus det etiam rebus, quia tunc dat perſonæ, in cuius conſequentiam veniunt etiam res, cum hæ ſequantur perſonam tanquam digniorem, quod verificari nequit in ſubrogatione, in qua, cum tutor dandus ſit tantum rebus, & non perſonæ, non videtur poſſe fieri ab Eccleſiaſtico,
Soluuntur nonnullæ rationes contrarię. qui nullam habet iuriſdictionem in rebus ipſis, nec tunc dici poſſunt res venire in conſequentiam perſonæ, cum tunc non detur, nec ſubrugetur ratione perſonæ, quæ iam habet tutorem. Non obſtat, inquam, quia, licet tunc non detur tutor perſonæ, cum iam tutor ſupponatur adeſſe, datur tamen ad complementum eorum, quæ pertinent ad perſonam, & in ſupplementum eorum, quæ geſta ſunt per Iudicem Eccleſiaſticum, adeoque, non eſt, cur fieri nequeat a Iudice Eccleſiaſtico. Accedit, quod ius ad eaſdem res ſemper ſequitur perſonam Clerici, eidemque inhæret per ea, quæ ſupra commendauimus, adeoque, ſicuti eadem perſona tutorem recipit ab Eccleſiaſtico, non erit, cur ab eodem non debeant, ſeu ſaltem poſſint recipere res.

Hoc tanquam probabilius exiſtimo; Non damnarem tamen tanquam improbabilem opinionem *Montani de tut. d. c.* 3. *num.* 28. volentis quoad bona exiſtentia extra territorium tutoris dati, & ſe ab illorum cura excuſantis, poſſe à Iudice laico

laico curatorem dari, quia tunc non datur personæ, sed rebus; vnde hæ duæ opiniones possent sic conciliari, vt possit ab vtroque dari, secundum quod requiritur vel à pupillo, vel à tutore antecedenter dato ad omnia, quamuis se excuset quoad bona alibi existentia; Sed certè congruentior ratio videtur exigere, vt per Iudicem Ecclesiasticum detur, quod etiam hac ratione potest euinci. Demus, quod tutor iam datus simpliciter se extendat, vt supra etiam probauimus, ad omnia vbicunque sint sita. Demus etiam, quod se excuset quoad bona alibi sita, & si non admittatur hæc excusatio, tutelam recuset quoad omnia. Demus tandem, quod Iudex renuens admittere excusationem quoad bona alibi sita acceptet renuntiationem quoad omnia; tunc sic. Potest hic Iudex Ecclesiasticus eidem repudianti alium subrogare quoad omnia, ergo etiam admissa excusatione quoad aliqua tantum poterit quoad eadem tantum subrogare; Qui etenim potest id, quod maius est, poterit à fortiori id, quod minus est, quodque in maiori continetur.

3 Non est tamen damnanda tanquam improbabilis contraria sententia.

Respondeo secundo, data opinione, quod curator ille ad bona sita extra territorium tutoris iam dati, & se excusantis quoad illa dandus esset per Iudicem laicum, probabilius esset dandus per Iudicem loci, in quo sita sunt talia bona, & quidem congruentius, quia, cum tunc non detur personæ, sed rebus, ab illo congruentius videtur dandus, in cuius iurisdictione sunt bona, pro quibus est dandus, & sicuti iuxta hanc sententiam est potius dandus per Iudicem laicum, quam per Ecclesiasticum, quia non datur personæ, sed rebus, quæ subduntur laico, ita iuxta eandem videtur potius dandus curator per Iudicem loci, in quo sita sunt bona, quam per alium, quia, cum detur pro rebus ipsis, ab illo dari debet, cuius iurisdictioni res ipsæ sunt suppositæ *arg. textus in l. 2. ff. de curat. bon. dand.*

4 In suppositione, qua dandus esset curator per Iudicem laicũ dandus esset ab illo, in cuius territorio sita sunt bona.

§. VII.

An Iudex dans tutorem pupillo, si exprimat, se dare etiam quoad bona sita extra proprium territorium, teneat datio etiam quoad illa bona.

SVMMARIVM.

Factum in particularibus terminis expositum, 1.

Sententia asserens, quod, si Iudex expresserit se dare tutorem etiam quoad bona extra proprium territorium existentia, illa datio non teneat quoad illa, 2.

Probabilior tamen est contraria sententia asserens tutorem sic datum cum illa expressione extendi etiam ad bona alibi sita, 3.

DIsquisitio VII. Dictum est in præcedentibus, quod tutor simpliciter datus censeatur datus quoad omnia bona vbique sita, nisi quoad aliqua bona sit prouisum de alio tutore, quia generi per speciem derogatur. *Montanus de tut. c. 7. n. 6. & seqq. & num. 55. & seqq. & c. 9. num. 22., Galganetus de tut. lib. 1. tit. 6., Balthasar Thomasius de tut. & curat. tit. 11. c. 7.* Nunc supponimus, quod per Iudicem datus fuerit tutor cum expressione, quod intelligatur datus etiam respectu bonorum, quæ sunt extra territorium, & quærimus, an datio quoad patrimonium extra territorium Iudicis dantis existens subsistat, & teneat.

1 Expositus status disquisitionis.

Mouent hanc difficultatem *Angelus in l. 1. C. vbi pet. tut., Gregorius Lopez in l. 12. tit. 16. part. 6. glos. Alinez de lugar.*, & statuunt, quod, quando per Iudicem fit expressio etiam quoad bona extra ipsius territorium existentia, datio quoad illa non extendatur, quod etiam firmat *Hugo in l. 1. C. vbi pet. tut. & Glosa in l. pupillo C. de tut. & curat. dat. ab his*, hocq; videtur statui *in l. iuris peritos §. cum originis ff. de excus. tut.* vbi, quod Iudex vniuscuiusque loci propter bona ibidem sita suum tutorem dare debeat, & datus ab vno non administrabit bona sita in alio territorio, licet contrarium statuat *Azon. ibid.* Angelus tamen *de Perusio ind. l. 1. C. vbi pet. tut.* conciliare intendens vtramque opinionem Hugonis, & Azonis asserit, quod, quando tutor est datus simpliciter à Iudice originis, seu domicilij, & data simpliciter administratio, tunc potestas tutoris extendatur ad quæcunque bona etiam in alieno territorio existentia, quia administratio, & bona veniunt in consequentiam personæ per textum *in l. in copulandis ff. de nupt.*, quando verò est datus cum expressione administrandi patrimonium pupilli etiam existens in alieno territorio, tunc tutor datus non extendatur ad idem patrimonium alibi existens, quia tunc tutelæ datio, & administrationis concessio directò, & principaliter concernit patrimonium existens extra territorium dantis, & ideo tunc eius auctoritas nihil operatur per textum *in l. 2. ff. de curat. bon. dan. & l. cum vnus §. bis qui ff. de bon. auct. Iud. possid. & l. properandum §. & siquidem C. de iudic.*

2 Sententia asserens, quod, si Iudex expresserit se dare tutorem etiam quoad bona sita extra proprium territorium illa datio nõ teneat quoad illa bona.

Rationes pro hac opinione.

vbi vides discrimen inter casum, quo Iudex originis, seu domicilij simplicitèr dat tutorem, & casum, quo dat cum expressione, vt etiam potestas administrationis extendatur ad bona extra territorium; nam in primo casu bona alibi existentia veniunt in consequentiam personæ, in secundo veniunt directè, quod fieri non potest per Iudicem, extra cuius territorium sunt illa bona.

His tamen non obstantibus probabilius etiam arbitror, quod, quantumuis Iudex in datione tutoris dixerit, quod

3 illum det etiam in ordine ad bona extra territorium existentia administranda, valeat talis datio etiam quoad illa bona, prout sentire videtur *Azon. in d. l. 1. C. vbi pet. tut.* Ratio est, quia illa expressio *etiam in ordine ad bona alibi existentia* est conformis dispositioni iuris, secundum quam datus simpliciter intelligitur ad omnia etiam alibi sita datus iuxta textum *in §. datus Instit. de excus. tut. l. 2. ff. eod.*, ergo non vitiat eandem dispositionem; quod enim conforme est iuri, ipsum potius corroborat, quam destruat; Neque verum est, quod asserit *Angelus de Perusio in d. l. 1. C. vbi petantur tut.* nempe, quod, quando in datione tutoris fit expressa concessio administrationis etiam quoad bona alibi sita, tunc concessio referatur directè, & principalitèr ad res ibi sitas, quod esse non potest, quia res illæ non subduntur iurisdictioni concedentis; Non, inquam, verum est, quia illa concessio Iudicis regulari debet ad normam dispositionis iuris; & sicuti ius disponit, quod in datione tutelæ veniat principalitèr persona, & non nisi in consequentiam res, ita & Iudex dans tutorem, & exprimens eius munus extendi etiam ad bona alibi sita intelligit solummodo, quod illa bona veniant solummodo, secundum quod ius disponit, nempe in consequentiam personæ; non etenim expressio habet vim immutandi ordinem rerum, & dispositionem iuris, sed solummodo exponere id, quod est statutum, vnde stat solummodo explicatiuè, non dispositiuè. Dici etiam potest, quod illa expressio fuerit in datione tutelæ posita ad tollendam illorum opinionem, qui absolutè statuunt, quod, quando pupillus habet patrimonium diuisum, tunc dandi sint duo tutores, alter personæ, alter rebus ipsis alibi sitis, per quod tamen non infertur, quod concessio administrationis quoad bona diuisa veniat directè, & principalitèr.

Probabilior tamẽ est contraria sententia asserens valere talem dationem etiã in ordine ad bona alibi sita.

Rationes pro hac secunda sententia.

Nec aliquam vim faciunt iura, quæ pro opinione Angeli de Perusio allegantur; Non primum deductum *ex l. 2. ff. de curat. bon. dand. in vers. si plures*, quia ibi solum supponitur, quod plures constituti fuerint curatores, vnus rerum Italicarum, alter rerum existentium extra prouinciam, & facta diuisio administrationis secundum regiones, & sic dicitur, quod vnusquisque debeat suas regiones conseruare, quod verissimum est, sed hoc non ferit responsionem nostram, secundum quam non supponimus plures curatores, nec factam bonorum diuisionem, sed solummodo dicimus, quod tutor simplicitèr datus etiam cum expressione ad bona in alieno territorio existentia ad illa etiam extendatur, quod nihil habet commune cum ijs, quæ dicuntur *in d. l. 2. vers. si plures*, vt per se patet. Non secundum desumptum *ex l. cum vnus §. his qui ff. de bon. auctor. iud. possid.*, quia ibi solum dicitur, quod iussus per Iudicem possidere, intelligatur solummodo iussus pro eo loco, qui est sub cura, & iurisdictione eiusdem Iudicis iubentis, sicque eius præceptum non extendi vltra ipsius territorium, quod verum est in terminis, in quibus loquitur ille textus; nam ibi directè agebatur de bonis, in quorum possessionem actor immitti contendebat, & sic ibi dicitur, quod præceptum Iudicis non extendatur ad bona, quæ sunt extra illius iurisdictionem; in casu autem, de quo hic loquimur datio Iudicis refertur directè ad personam, & nonnisi in consequentiam ad res, vnde mirum non est, quod, quantumuis alibi res illæ sitæ sint, veniant tamen in consequentiam cum eadem persona. Non tertium desumptum *ex l. properandum §. & siquidem C. de iudic.*, quia inanitèr, & impertinentèr ad hunc effectum deducitur *ab Angelo de Perusio loco cit.*, prouidet etiam solummodo hic textus contra actorem, qui mota lite se absentat ad effectum prorogandi definitionem causæ, & statuit, vt non prorogetur vltra triennium, sed terminetur iuxta formam ibi præscriptam.

Soluuntur iura, & rationes in contrarium.

---

§. VIII.

An existente Patre in hostium potestate possit filio eius impuberi dari tutor.

SVMMARIVM.

Proponitur, in quo sensu accipiendus sit titulus. 1.

Patre deportato potest eius filio impuberi dari tutor. 2.

Du-

Dupliciter pater potest esse captiuus in bello, & quomodo. 3.

Si Pater captiuus in bello non sit factus propriè seruus, eius filio impuberi non potest dari tutor, sed tantum curator. 4.

Non currit paritas de deportato, & de captiuo in bello hoc modo. 5.

Si effectus sit propriè seruus potest eius filio impuberi dari tutor. 6.

1
Tituli expositio in suis terminis.

Disquisitio VIII. Dictum fuit in præcedentibus in expositione definitionis tutelæ in illa particula *In capite libero*, quod ad hoc, vt alicui possit dari tutor, requiratur, vt ille sit liber ab omni potestate, vnde nec filio habenti Patrem, nec seruo sub potestate domini existenti, nec vxori sub mariti viuctis, tutorem dari posse asseruimus. Modo inquirimus, an, si pater captiuus fuerit in bello, & sub hostium potestate viuat, ipsius filius impubes ita intelligatur caput liberum, vt ei possit tutor constitui, an verò ligatus patria potestate censeatur non obstante illa Patris captiuitate, vt eidem tutor dari non posse videatur. Memini me circa præsens dubium nonnulla in præcedentibus attigisse, & resoluisse, tutorem dari non posse; sed quia in hoc nonnullæ possunt esse difficultates iuxta diuersas inspectiones, ideo ad earum explanationem placet denuo eandem difficultatem ad trutinam exponere.

2
Patre deportato eius filio impuberi potest dari tutor.

Patre deportato, posse eiusdem filio impuberi tutorem constitui latè docuimus in præcedentibus *sub hoc eod. tit. praenot. 1. in explicat. illius part. in capite libero vers. in ordine ad secundum*, quod etiã firmauit *Montanus de tut., & curat. c. 3. n. 51., & seqq.* arg. eorum, quæ habentur *in §. cum autem instit. Quib. mod. ius patriæ potest. sol.*, & docent *Vulpianus in l. 1. §. qui habebat ff. de bon. pos. contra tabul.*, & *in l. verum §. societas ff. pro socio*, *Paulus in l. 2. ff. de publ. iud.*, ex quibus videtur etiam posse congruè deduci, quod patre etiam in bello captiuo possit eius filijs impuberibus dari tutor; cum non minus sit impar pater captiuus ad filiorum custodiam, & gubernium, ac pater deportatus.

3
Dupliciter pater, potest esse captiuus in bello, & quomodo.

Pro resolutione aduerte, dupliciter patrem posse esse captiuum in bello, & sub hostium potestate viuere, vel quatenus constitutus est mancipium, & propriè seruus, quod modo inter catholicos iure præcisè belli non vrget *Baldus in §. si ab hostibus in fin. vbi Aret. nu. 3. in fin. instit. Quib. mod. ius patr. potest. solu.*, *Bartolus in l. hostes 24. in fin. ff. de capt., & post lim. reuer.*, *Rebuffus in l. hostes ij sunt 118. in princip. vbi Alciatus nu. 2., & 3. ff. de verb. signif.*, *Peregrinus de iur. fisc. lib. 3. tit. 3. n. 2.*; vrget tamen inter Catholicos, & Paganos, seu turcas, adeo vt Turcæ capti in bello ex ipsa hora captiuitatis constituãtur serui capientium, & capti à Turcis ex eadem hora captiuitatis habeantur pro mortuis ciuiliter, vt ex *Rota Romana part. 14. recent. decis. 453. num. 2.*, affirmat *Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. tom. 1. in verb. captura nu. 3. vers. quod capti à Turcis*; vel simpliciter constituuntur captiui, ita vt serui non efficiantur, tamen indigeant redemptione; & iuxta vtrumque hunc sensum præsens difficultas est dirimenda.

4
Si Pater captiuus in bello, non sit effectus propriè seruus eius filio impuberi, non potest dari tutor, sed solum curator,

Respondeo iam primo. Si simpliciter Pater sit captiuus, ita vt versemur in casu, quo non efficiatur seruus propriè, probabilius filijs eius impuberibus nõ potest dari tutor, sed solum curator ad gubernium rerum. *Montanus de tut., & curat. c. 3. n. 36.*, & in simili specie *Gratianus discept. for. c. 801. n. 31.*, dum asserit posse condere testamentum, & quoscunque actus per eum gestos tenere, & cum liberi maneant, non posse priuari libertate faciendi quidquid eis placuerit *arg. textus in l. qui à latronibus ff. de testam.*, & *l. post limin. 39. §. à priuatis ff. de capt., & postlim. reuers.* Hoc in terminis expresse habetur *in l. muta §. ei cuius Pater ff. de tutel.* Ibi: *Et puta non valere dationem*, & immediatè subdit rationem. *Sic enim post patris regressum recidit in potestatem, atque, si nunquam ab hostibus pater captus fuisset; Immò curator substantiæ dari debet, ne medio pereat.*

5
Non currit paritas de deportato, ac de captiuo in bello hoc modo.

Ex quibus habes in hoc non currere paritatem inter patrem deportatum, & patrem sic captum ab hostibus; quia deportatus perindè est, ac, si esset mortuus, per textum *in §. cum autem instit. Quib. mod. ius patr. potest. sol.*, *Vulpianus in l. 1. §. qui habebat ff. de bon. possid. contr. tab.*; Qui autem præcisè captus est in bello, vbi seruus non efficitur, non intelligitur mortuus, sed omnino liber *arg. d. l. Qui à latronibus ff. de testam.* Nec vim faciunt ea, quæ subduntur, quod scilicet æquè pater captiuus in bello sit impar gubernio, & regimini filij impuberis, ac Pater deportatus. Non, inquam, vim faciunt, quia imparilitas in patre deportato non prouenit præcisè ex eo, quod pater sit absens ratione deportationis, & ratione absentiæ non possit per se ipsum gerere, sed etiam ex eo, quod ratione deportationis non possit actus validè gerere, cum reputetur pro mortuo; captus autem in bello, cum gaudeat libertate, potest actus validè gerere, & quamuis ratione absentiæ non possit per se administrare

po-

potest alteri vices suas committere &c.

Respondeo secundo. Si ita pater sit captiuus in bello, & intelligatur propriè

6 seruus constitutus; tunc probabilius

Si effectus sit propriè seruus eius filio impuberi, potest dari tutor.

potest eiusdem filijs impuberibus per Iudicem constitui tutor. In hoc videtur consentire *Gratianus loc. in praeced. respon. allegat.* dum etenim ibidem dicit, quod quando non est seruus constitutus possit, & condere testamentum, & quoscunque actus validè gerere, videtur à contratio sensu asserere, quod, si propriè constitutus sit seruus, non possit validè hæc gerere, & in hoc videtur æquiualere deportato, cum non sit amplius sui iuris, & computetur pro mortuo, vt notarunt *Rota Romano part. 14. recent. decis. 453. nu. 2., & Marcus Antonius Sabellius in d. verb. captura nu. 3. vers. quod capti à Turcis*, & in hoc arbitror, ferè omnes consentire.

---

§. IX.

An, si post datum tutorem per Iudicem filijs impuberibus deportati, vel serui effecti in bello, deportatus fuerit restitutus, & seruus liber effectus, cesset Tutor iam datus.

SVMMARIVM.

Exponitur disquisitionis series in terminis particularibus. 1.

Negantes filijs deportati, & serui effecti, posse dari tutores. 2.

Restituto Patre, seu à seruitute liberato, tutor datus à tempore deportationis, & seruitutis, cessat ab officio. 3.

Excipe, nisi Pater reuersus esset impar tali muneri, puta fatuus, & furiosus. 4.

Patre furioso, seu fatuo reuerso, tutor datus tempore deportationis, perseuerat. 5.

Si Pater mortuus, dato iam filijs tutore reuiuisceret, cessaret tutoris officium. 6.

Disquisitio IX. Iuxtà terminos præcedentis paragraphi, Pater vel deportatus, vel seruus propriè effectus iure captiuitatis in bello priuatus intelligitur patria potestate, adeo vt tunc liberè possit per Iudicem eius filijs impuberibus tutor constitui.

1 Series disquisitionis exposita.

Supponimus iam, quod huiusmodi filijs in casus contingentia fuerit tutor datus, & quod postea Pater deportatus fuerit restitutus, seu seruus iure belli effectus acquisierit libertatem, & quærimus, an filij per talem restitutionem, & acquisitam libertatem redigantur immediatè in eiusdem Patris restituti, vel liberati potestatem; adeo vt statim cesset tutoris per Iudicem dati ministerium, & potestas?

Propter hanc rationem, quod Pater deportatus possit restitui, & seruus effectus liberari, nonnulli statuerunt, quod propter deportationem, & seruitutem Patris non posset filijs tutor constitui ea ratione moti, quod filiorum libertas non esset absoluta, sed quodamodo temporanea, & sicuti, quando est spes testamentariæ tutelæ, non est locus legitimæ, neq; datiuæ, sed ad summum curæ, ita quando est spes restitutionis, seu libertatis patris, non possit vllo modo esse locus tutelæ, sed ad summum curæ. Hoc tamen nõobstante, quia iam in præcedenti paragrapho statutũ est, quod in vtroque casu deportationis scilicet Patris, & seruitutis possit filijs impuberibus tutor constitui, ideo procedimus solum ad inuestigandum, an tutor sic datus, restituto patre, vel liberato, cesset a munere tutelæ sibi collato. Quamobrem

2 Negantes filijs deportati, & serui, posse dari tutores reijciuntur.

Respondeo. Restituto Patre, seu à seruitute liberato tutor datus tempore deportationis, & seruitutis cessat ab officio, & filij redeunt in plenam patris restituti, seu liberati potestatem. *Salicetus, Clarius Brixianus, & alij in l. in quæstione C. de sent. pas.* Expresè colligitur ex textu *in d. l. in quæstione §. minores enim C. de sent. pas.* Ibi. *Quibus*, idest filijs, *si damnato Patre tutor datus est, necesse est, vt ob officio suo recedat regressa eo, quem non solum nomine redire, sed etiam officium suum nulla prauitate corruptum liberis præbere oportet, vt eorum bona tueatur, & augeat*; & quamuis hic textus loquatur præcisè de Patre deportato, & restituto, ex paritate tamen rationis habet etiam locum in patre seruo effecto, & liberato, quandoquidem non minus seruitus, quam deportatio reddit hominem mortuum ciuilitèr, vndè, si ablata deportatione restituatur quoad omnia, & quoad patriam potestatem, & onus administrationis in ordine ad filios, & eorum bona, etiam sublata seruitute quoad hæc omnia erit restituendus, arg. eorum, quæ tradit *Baldus in d. l. in quæstione §. quem si comperta integritas C. de sent. pas.*

3 Restituto patre, seu liberato tutor datus cessat ab officio.

Iura, & rationes pro hoc asserto.

Et quamuis *Baldus loc. cit.*, dicat, quod quidquid deportatio abstulit, restitutio restituat, subdit tamen, nisi sit aliqua causa ab extrinseco impediens, quã particulã exce[illegible]tuam *nisi* intelligo in hoc sensu, *nisi Pater restitutus, & reuersus esset furiosus, mentecaptus, & prodigus*, quia tunc non esset admittendus ad gubernium filiorum, nec non administrationem bonorum eorundem, quod etiam expresè

4 Excipe, nisi pater reuersus esset impar tali munere, & quomodo.

expo-

exponit textus ibid. *Nam, si patria potestate ad corrumpendi, atque effundendi patrimonij licentiam abutatur, vt furioso, & dementi, itemque prodigo &c. non est eorum pecunia committenda.*

5 Patre furioso, seu fatuo regresso tutor iam datus perseuerat.

Sed, an patre furioso, seu prodigo regresso, vel à seruitute, vel a deportatione erit curator eisdem filijs constituendus, an vero tutor tempore deportationis, & seruitutis datus perseuerabit in munere tutelæ? Ratio dubitandi ex ijs, quæ supra diximus, consurgit, quia scilicet habenti patrem tutor non est dandus *Instit. de tutel. in princip.*, hic autem verificatur, quod filij habent patrem, nam, quamuis hic per deportationem, & seruitutem intelligeretur mortuus ciuilitèr, per restitutionem tamen, & liberationem intelligitur libertati renatus. His tamen non obstantibus sentiendum est, tutorem datum in hac hypothesi patris restituti, & liberati furiosi, mentecapti, & prodigi perseuerare in munere, & officio tutelæ respectu filiorũ eiusdem, prout expresse colligitur ex dicto textu *in l. in quæstione §. minores enim ætate*. Ibi- *Neque tutor esse desinet, omniaque minoris dispendia suis ipse damnis præstet*. Neque obstant, quæ ex aduerso afferebantur in ratione dubitandi, quandoquidem licet regularitèr verum sit, quod patrem habenti non detur tutor; fallit tamen in aliquibus casibus, & præcipuè in hoc patris restituti furiosi, & prodigi, prout notat *Glosa in d. l. in quæstione in verb. tutor C. de sent. pas.*

Nunc remanet respondendum ad ea, quæ in principio huius disquisitionis afferebantur ad probandum, quod patre deportato, seu seruo effecto iure captiuitatis in bello non posset filijs eiusdem tutor constitui, cum possit dari casus restitutionis, & per consequens paternæ gubernationis, & administrationis, nam sicuti, quando est spes testamentariæ tutelæ, non datur locus legitimæ, nec datiuæ, sed ad summum curatori, vt plurimi adstruunt; ita, quando est spes paternæ gubernationis, non possit esse locus tutori. Respondendum, inquam, est, quod, cum illa restitutio dependeat à sola Principis voluntate impossibilis iudicetur, per textum *in l. continuus §. cum quis ff. de verb. obligat. l. apud Vulpianum §. constat ff. de legat.* 1., quod idem intelligendum est quoad libertatem serui; cum etenim ex genere suo seruitus intelligatur perpetua, non potest esse cum spe probabili futuræ libertatis; & proindè iura in hoc procedunt, ac, si deportatio, & seruitus esset perpetua, non attento, quod quandoque ex indulgentia Principis, vel ex aliquo casu contingat restitutio, seu liberatio.

Soluitur instantia antecedentèr proposita

Quod, si opponas, quod hac ratione restituto ex indulgentia Principis Patre deportato, vel liberato ex aliquo casu, si fuerit seruus non deberet cessare ab officio tutor iam datus pendente deportatione, & seruitute, quandoquidem, cum restitutio, & liberatio haberetur pro impossibili, si casu vel ex indulgentia Principis poneretur, vtique restitueretur quoad vitam ciuilem quoad ea, quæ consequuntur, non quoad ea, quæ iam sunt posita irreuocabilitèr, cum fuerint posita, habita morali impossibilitate reuocationis, ea proportionali ratione, qua plurimi, nec incongruè statuunt, quod, si altero ex coniugibus defuncto alter ad secunda vota transierit, & deinde defunctus ex Dei ordinatione speciali resurgeret, non esset eidem restituendus ille, qui ad secunda vota transiuit. Si, inquam, hæc opponas; statim impugnaberis, quia illa moralis impossibilitas restitutionis non est talis naturæ, & conditionis, vt demat omnia iura, sicut demit mors naturalis, vnde in specie per deportationem, & seruitutem non soluitur vinculum coniugale, sicuti soluitur per mortem naturalem iuxta illud *Apostoli ad Corinth. 7. Mulier alligata est legi, quanto tempore vir eius viuit; Quid, si dormierit vir eius, liberata est, cui vult nubat &c.*; vnde expressè habetur, quod in ijs, quæ tolluntur per deportationem fiat simplicitèr restitutio per restitutionem *in d. l. in quæstione §. quam si comperta*.

Soluitur alia instantia.

Quod, si supponas, quod Pater non ciuiliter fuerit mortuus per deportationem, vel per seruitutem, sed naturalitèr, & secuta morte datus fuerit tutor, & postea ex diuina ordinatione Pater reuixerit, & quæras, an tunc per reuiniscentium Patris cessare debeat tutor ab officio sibi commisso? Est quæstio penitus inutilis, cum hoc vix contingat. Data tamen suppositione probabilius crederem, debere cessare à tali officio, cum per reuiuiscentiam iura naturalia reuiuiscant, nec in hoc currit paritas de matrimonio, quia eius vinculum non est ex natura sua indissolubile, sed tantum ex diuina ordinatione, & iuxta dispositionem eiusdem; ex diuina autem ordinatione per mortem dissoluitur, & patet *ex illa citat. Apost. ad Corinth. 7.*

6 Si Pater mortuus, dato iam filijs tutore reuiuisceret, cessaret in tutore eius officium.

§. X.

§. X.

An gesta per filium simul cum Tutore pro tempore deportationis Patris sint rata.

SVMMARIVM.

Sensus disquistionir expositus. 1.

Vary sensus, iuxta quos agitari potest difficultas. 2.

Si contractus fuerint initi post restitutionem Patris, sed ante reuersionem probabilius non remaneut rati, sed possunt per Patrem infirmari. 3.

Ad hoc vt contractus illi possint resolui non est necesse, quod ad illos praecesserit iuridicu cognitio restitutionis Patris. 4.

Quinimmo, nec videtur requiri, quod praecesserit scientia communis de tali restitutione, sed sufficit priuata. 5.

Contractus alienationis rerum immobilium initi ante reuersionem Patris non tenent. 6.

Contractus initi circa bona castrensia, & quasi post restitutionem Patris, licet ante cognitionem eiusdem restitutionis, probabilius tenent. 7.

Quid sentiendum sit de contractibus in ordine ad bona aduentitia. 8.

Sententia asserens, hos contractus tenere, sed etiam fructus remanere Patri. 9.

Contraria sententia praefertur asserens cessare etiam quoad vsumfructum. 10.

Si filius pubes ignorans restitutionem Patris deportati condiderit vltimum testamentum, & ante mortem eiusdem filij superuenerit eius Pater restitutus, certè testamentum illud non est ratum, sed potest per Patrem reuocari. 11.

Si verò filius cum alio contraxerit, nec tamen fuerit contractus ex vtraque parte completus, & deinde superuenerit ante complementum Pater, vel notitia eiusdem restitutionis, tunc secundum aliquos contractus potest reuocari. 12.

Secundum alios non potest, & quo iure. 13.

Si filius testatus fuerit, & mortuus Patre remanente deportato testamentum absolutè tenet, nec potest per Patrem restitutum reuocari. 14.

DIsquisitio X. Deportato Patre, vel seruo effecto iuxta terminos praecedentium paragraphorum datus fuit filio eius impuberi tutor. Medio tempore
1 Sensus disquisitionis expositus.
inter deportationem, & restitutionem Patris plurimi fuerunt initi contractus per filium, & eius tutorem. Hic iam quaeritur, an Patre restituto huiusmodi contractus rati remaneant, an verò per Patrem restitutum possint irritari?

Hic plura veniunt consideranda; primò, an illi contractus fuerint initi durante deportatione, an verò facta restitutione, sed ante reuersionem Patris? Secundo, an illi contractus fuerint ex illis, qui nequeant celebrari, nec per solam pupilli, nec per auctoritatem tutoris, sed exigant decretum iudicis cum causae cognitione, vt si ageretur de alienatione bonorum immobilium? Tertio, an illi contractus versentur circa bona castrensia, & quasi castrensia solummodo, an verò etiam circa bona aduentitia, & profectitia. Quarto, an, si filius peruenerit ad pubertatem, & disposuerit per vltimam voluntatem de suis bonis teneat illud testamentum, siue filius decesserit ante restitutionem Patris, siue post eandem? Iuxta has omnes inspectiones resoluenda est praesens disquisitio.
2 Varij sensus, in quibus agitari potest difficultas.

Respondeo primo Si contractus fuerint celebrati post restitutionem Patris, sed ante reuersionem probabilius est, quod non remaneant rati, sed possint per Patrem infirmari. Consentit in hoc *Glosa in d.l. in quaestione in verb. Patre C. de sent pas.* Ratio ex eo deducitur, quia immediate post restitutionem Patris filius reducitur sub eius patria potestate, & desinit esse sub potestate tutoris, quod ea ratione euincitur, quod, sicuti per deportationem, & seruitutem immediatè perdit ciuitatem, & ea, quae iuris ciuilis sunt per textum *in l. quidam ff. de panis*, sic è contra per restitutionem omnia immediatè recuperat; Nec obesse potest, si asseratur, quod, cum pupillus in ordine ad patrem sit in possessione suae libertatis, & in iure contrahendi simul cum tutore, non possit eadem libertate, & iure priuari, antequam iuridice eidem innotuerit de restitutione Patris, & per consequens de tacita reuocatione tutoris; Non, inquam, obesse potest, quia in primis nos non dicimus in nostra responsione, quod actus gesti a pupillo cum tutore post restitutionem Patris, sed ante reuersionem sint eliciti ante iuridicam cognitionem talis restitutionis, adeo vt non requiratur talis iuridica cognitio, vnde etiam si daremus, quod tales actus gesti ante talem cognitionem tenerent, haec instantia nos non tangeret. Deinde dico absolutè, quod talis iuridica cognitio non requiratur, prout in similibus docent *Felinus in c ex parte Decani num. 19. vers. fallit octauo de rescript., Fluminius lib. 5. de resignat. benef. q. 24. num. 36., Sanchez lib. 3. de matrimon. disp. 30. num. 4., Ioannes Angelus Bossius de matrim. contract.*
3 Si contractus fuerint initi post restitutionem Patris, sed ante reuersionem non remanēt rati.
4 Ad hoc, vt illi contractus resolui possint non requiritur, quod praecesserit iuridica cognitio restitutionis Patris.

c. 4.

c.4.n.71. de Vicario generali Episcopi, cuius auctoritas, & iurisdictio cessat per mortem Episcopi absentis, etiam si eadem mors non fuerit eidem iuridicè intimata, dummodo tamen illi constet; quin immo aliqui non infimi nominis docent, quod, si Vicarius fuerit reuocatus per Episcopum ad effectum, vt ipsius iurisdictio cesset, sufficiat, si reuocatio eidem sit nota per personam fide dignam *Glosa Clement. causam verb. plena de elect. & c. sapientes verb notitiam de elect. in sexto, & ibi Ancharanus num.3. vers. notitiam, Caldarinus rub. de offic. vicarij cons.4., Felinus c.cæterum num.11. de rescript., Sbrozius de Vicar. Episcopi lib.3. q.33. num. 10.*, ergo hoc idem erit sentiendum quoad restitutionem Patris ad effectum, vt cesset auctoritas, & potestas tutoris in ordine ad eius filium, cum in hoc non conijciam diuersam rationem.

Aliqua difficultas solummodo versari videtur in eo, an sufficiat ipsius priuata scientia de restitutione Patris ad effectū, vt per ipsum simul cum pupillo gesta post talem restitutionem non teneant, an verò requiratur scientia communis? *Sanchez lib.3.de matrimon.disp.22.num.59.* per textum *in l.Barbatius ff. de offic. prætor* loquens in terminis de Vicario Episcopi, cuius gesta post mortem eiusdem Episcopi sibi notam, & non alijs asserit tenere, videtur ex consequentia paritatis rationis teneri sentire, quod etiam post restitutionem Patris sibi notam, & non alijs acta per pupillum cum tutore teneant, & sint rata vrgente in hoc eadem ratione; nam ideo *Sanchez loc. cit.* asserit tenere huiusmodi gesta per Vicarium Episcopi post mortem eiusdem sibi, & non alijs notam, quia in hoc adest titulus coloratus cum errore communi, quæ tribuunt ius in ijs, quæ pertinent ad iurisdictionem, sed hæc eadem ratio militat quoad gesta per pupillum simul cum tutore post restitutionem Patris sibi notam, & non alijs, quandoquidem in hoc etiam videtur militare titulus coloratus cum errore communi, ergo &c. Sed licet ego adhæserim *tom.6. sub tit. Contractus X.V. de matrimon. c.prænot.31. assert.2.n.11.* opinioni Sanchez quoad gesta per Vicarium Episcopi iuxta conditiones hic positas, non libenti tamen animo adhærerem in casu præsenti quoad gesta per tutorem cum pupillo post restitutionem Patris; quandoquidem in tantum iura approbant gesta per Vicarium Episcopi, aliorumque Iudicum cum titulo colorato, & errore communi, in quantum hoc spectat ad bonum Reipublicæ, in qua maxima oriretur confusio, si talia gesta essent reuocanda, vnde in ijs Respublica ipsa supplet defectum iuris in Iudicibus, alijsque publicis ministris, quæ ratio non militat quoad priuatum tutorem, cuius gesta, si irritentur, non oritur illa confusio in Republica, vt per se patet. Deinde demus, quod huiusmodi tutori fuerit iuridicè intimata restitutio Patris, ita tamen vt talis intimatio alijs non innotuerit, certè gesta post talem intimationem non tenerent, & tamen de tali intimatione alijs non constaret, ergo &c.

5 *Quinimmo, nec videtur præterquā sciētia communis de tali restitutione, sed sufficit priuata.*

Respondeo secundo. Si contractus initi per tutorem simul cum pupillo post restitutionem Patris, sed ante reuersionem fuerint cum alienatione bonorum immobilium certè non sunt rati, sed reuocabiles à Patre post reuersionem. In hoc communiter consentiunt. Sed hoc præcisè non prouenit ex eo, quod huiusmodi contractus fuerint celebrati post restitutionem Patris, & ante reuersionem, sed ex eo, quod non interuenerint præscriptæ solemnitates à iure, nempe decretum Iudicis cum cognitione causæ; non enim bona immobilia pupillorum, & minorum possunt alienari per solam tutorum, & curatorum auctoritatem, sed vlterius requiritur officium, & auctoritas Iudicis per textum *in l. magis puto §. non passim ff. de reb. cor. qui sub tutel.*, quem textum in hunc sensum intelligit *Baldus in l.1. num.12. in fin.C.de fid.instrum. ex alio & iur. hast. fisc. lib. 10.*, & ad hoc etiam facit textus *in l. quæ tutores C. de administ. tut., Zasius cons.21 num.2.lib.1., Rodericus Suarez alleg.2.num. 7.* Sed de his alibi occurret sermo prosusior.

6 *Contractus initi per pupillum, & tutorem post restitutionem Patris, sed ante reuersionem non tenent, si fuerint cum alienatione immobilium.*

Sed hoc procedit capite.

Respondeo tertio. Contractus initi per tutorem, & pupillum post restitutionem Patris, sed ante reuersionem, si versentur circa bona castrensia, seu quasi castrensia, & fuerint celebrati nulla penitus præexistente cognitione de restitutione Patris probabilius tenent, & rati remanent, & in hoc arbitror non dissentiri *Glosam in d.l.in quæstione in d.verb. patre C. de sent. pas.* Rationem ex eo deduco, quia tunc filius reputatur sui iuris, nec in huiusmodi contractibus præiudicium aliquod infertur Patri restituto, cum talia bona pleno iure ad filium pertineant, qui solum defectu plenæ cognitionis prohibetur ab ipsorum administratione; vnde accedente tutoris auctoritate, qui supplet talem defectum plenæ cognitionis, non est, cur non sit plena facultas disponendi quoad huiusmodi bona; nec obesse potest, si dicatur, quod tutor in ea hypothesi restitutionis Patris non sit legitima persona ad administrandum

7 *In ordine ad bona castrensia, & quasi castrensia contractus initi post restitutionem Patris etiam nō præcedente cognitione tenent.*

Rationes pro responsione.

Ll quoad

quoad bona eiusdem filij, cum immediate post restitutionem Pater cessare faciat eius officium, Non obstat, inquam, quia nulla prorsus præexistente cognitione de restitutione Patris tutor habet titulum coloratum, adeoque eius gesta, non est, cur non debeant esse rata *arg. l. si fortè 17. ff. de offic. præsidis*, vbi sic legitur. *Si fortè præses prouinciæ manumiserit, vel tutorem dederit, priusquam cognouerit successorem aduenisse, erunt & hæc rata*. Si igitur in casu huius legis non obstante deputatione successoris præses legitimè dat tutorem, quando ignorat successorem aduenisse, non video in casu præsenti, cur gesta per tutorem etiam Patre restituto, quando est ignorans de eius restitutione, non debeant rata esse, & tenere?

Dixi, *si versentur circa bona castrensia, & quasi castrensia*. Quid vero sentiendum sit quoad bona aduentitia, & profectitia?

8 Quid sentiendum sit de contractibus in ordine ad bona aduentitia.

Quoad hæc videtur esse maior difficultas, quandoquidem aduentitia quoad vsumfructum videntur ad Patrem pertinere, & profectitia quoad omne ius; Propter hoc *Glosa in d. l. in quæstione in d. verb. Patre C. de sent. pass.* videtur sentire, quod huiusmodi contractus teneant, sed vsusfructus debeat Patri restituto remanere; dum dicit, quod, si filius testatus fuerit, & mortuus Patre non restituto testamentum teneat non solum in castrensibus, & quasi castrensibus, sed etiam in aduentitijs saluo tamen vsufructu Patris; si etenim non obstante, quod Pater adhuc non sit restitutus, vsusfructus bonorum debet esse saluus eidem quoad aduentitia in testamento condito a filio, non est, cur vsusfructus in contractibus per eundem filium simul cum tutore initis non debeat esse saluus eidem Patri, potissimum, quando ijdem contractus initi fuerunt ipso Patre iam restituto, licet restitutio eiusdem tunc fuerit ignorata.

9 Sententia asserens huiusmodi contractus sic initos tenere, sed vsumfructum Patris manere.

His tamen non obstantibus crederem, huiusmodi contractus absolutè tenere, nec vsumfructum saluum manere Patri. Rationem ex eo deduco, quia, quando Pater est absolutè deportatus vsusfructus absolute consolidatur cum proprietate in fauorem filij, cum tunc Pater intelligatur omni iure priuatus, vnde etiam, si pro illo tempore deportationis filius aliquam hęreditatem acquisiçrit, nec patri quoad vsumfructum acquisiuisse censendus est, sed sibi plenè, & simpliciter per textum *in l. si Pater vester C. de sent. pass.*, ergo, si filius cum suo tutore de illis bonis disposuerit per contractus tenebit dispositio quoad omnia, quandoquidem disposuit pro tempore, pro quo illa bona erant plenè sua; nec obstat, quod tunc pater fuerit restitutus; nam, cum ignorata fuerit restitutio, non demit ius, quod erat in filio, adeoque &c.

10 Prefertur alia sententia sustinens, & contractus tenere, & vsumfructum non remanere Patris.

Sed quid, si contractus fuerit initus pro tempore, quo ignorabatur restitutio Patris, sed postea fuerit cognita, antequam contractus executioni demandaretur? An tunc per Patrem restitutum poterit ille contractus reuocari? Hoc in duplici casu potest contingere; primo in casu, quo filius consecutus pubertatem cum ignorantia restitutionis patris deportati condidisset testamentũ, & antequam ipse filius occumberet, pater restitutus superuenerit. Secundo in casu, quo existente tali ignorantia restitutionis patris filius cum tutore contraxerit, nec tamen contractus adhuc fuerit per adimplementum ex vtraque parte ad consummationem redactus, & ante talem consummationem superuenerit pater restitutus, vel notitia plena de eius restitutione. Quoad primum casum sentio, per superuenientiam patris ante obitum filij testantis, posse testamentum ab ipso filio conditum, per patrem restitutum, & superuentum reuocari, quia testamentum ipsum vim non habet, nisi intercedente morte testatoris, ante mortem autem testatoris filij idem filius cessauit esse sui iuris, & reincidit in potestatem patris restituti, sicque per patrem testamentum potest reuocari. Sed de hoc occurret sermo in subsequenti responsione. Quoad secundum casum *Henriquez lib. 10. de sacram. ord. c. 22. nu. 3. in comment. lit. P.* loquens in similibus casibus, puta de Vicario Generali Episcopi, qui mortuo Episcopo litteras dimissorias dedit, vel delegationem ad aliquod munus puta ad assistendum matrimonio, dum mors Episcopi ignoraretur; asserit enim, quod, si ante executionem huiusmodi litterarum dimissoriarum, & commissionis ad assistendum matrimonio innotuerit de morte Episcopi, possint nihilominus eiusmodi litteræ, & commissiones exequi, quod probat ex eo, quod tempore concessionis litterarum, & commissionis erat sufficiens, & legitima potestas in concedente, seu delegante, quandoquidem extante communi errore perseuerabat titulus coloratus, & sicuti posita legitima commissione, & delegatione ius in delegato non expirat morte delegantis, ita nec expirare videtur habita notitia de morte ipsius, quando Delegatio, seu commissio facta est per Vicarium pro tempore, pro quo error communis vigebat circa mortem Episcopi, ex quibus secundum eius sententiam videtur

11 Si filius pubes ignorans restitutionem Patris deportati, testatus fuerit, & ante mortẽ eiusdem filij superuenerit eius pater restitutus, testamentum non est ratũ, sed potest reuocari.

12 Si vero filius, cũ alio contraxerit plenè nõ tamen contractus fuerit ex vtraque parte completus pater superueniens ante complementum secundum aliquos potest reuocare.

detur ex paritate rationis deduci, quod quando contractus est initus pro tempore, quo poterat celebrari extante communi ignorantia de restitutione deportati, debeat perseuerare, & ratus haberi, quando superuenit notitia de tali restitutione, quantumuis ille contractus non fuerit tunc per executionem consummatus. Contrarium tamen in terminis litterarum dimissoriarum, & delegationis iuxta terminos mox positos nos docuimus *tom. 6. sub tit. Contractus XV. de matrim. t. prænot. 31. nu. 14.* quando tempore superuenientis notitiæ de morte Episcopi, nec litteræ fuerunt executæ, nec cõmissio adimpleta, cum tunc res adhuc integra intelligeretur, per textum *in c. gratum, & c. licet de officio delegat.* Sed, an ea, quæ ibi diximus, locum etiam habeant in casu præsenti de contractu inito pro tempore ignorantiæ restitutionis

13 Secundū alios congruentius non potest.

Patris deportati, & non completa pro tempore superuenientis notitiæ? Non ita facilè potest resolui, quia ex eo, quod contractus iam sit initus pro tempore habili, non videtur amplius res integra pro tempore superuenientis notitiæ; Suppono etenim, quod, *v. g.*, fuerit initus contractus emptionis, & venditionis, qui solo consensu perficitur, per ea, quæ alibi fusè docuimus, & quod solum pro tempore notitiæ remaneat executio per traditionem rei, & pretij; Non etenim denegari potest, quin obligatio ex vtraq; parte orta fuerit cum ipso contractu, & per consequens, quod partes non sint amplius liberæ, & ideo, nec res integra; textus autem *in d. c. gratum, & c. licet de offic. deleg.* procedunt solummodo, quando res est integra, vt legenti sit manifestum; Ex aduerso, cum non nisi vsucapionibus, & traditionibus dominia rerum transferantur, per textum *in l. traditionibus C. de pact.*, non videtur adempta patri restituto facultas contractum illum reuocandi, cum alter ante traditionem non acquisierit plenum ius in rebus transferendis. Probabilius arbitror, patrem restitutum non posse contractum illum rescindere, cum sit plenè completus, & cum sit contractus nominatus posito legitimo consensu, non est rescindibilis, nisi per vtriusque consensum.

14 Si filius testatus fuerit, & mortuus patre remanente deportato eius testamentum absolutè tenet.

Respondeo quarto. Si filius deportati peruenerit ad pubertatem, & patre remanente deportato per vltimam voluntatem disposuerit de rebus suis, & decesserit adhuc patre non restituto tenet absolutè testamentum, nec poterit per patrem post mortem filij restitutum reuocari; si verò pater ante mortem filij fuerit restitutus, testamentum eiusdem filij non tenet, sed rumpitur per restitutionem, & libertatem patris. Consentit in hoc *Glosa in d. l. in quæstionib. in verb. patre C. de sent. pas.* Ratio primæ partis ex eo deducitur, quia nihil est, quod possit obsistere valori, & firmitati talis testamenti, cum sit legitima potestas in conficiente, in eodem ius perfectum in rebus dispositis, habilitas in hærede, & testamẽtum ipsum morte testatoris fuerit confirmatum, antequam pater ius aliquod acquireret in illis rebus; Nec obstat, quod pater quoad bona aduentitia eiusdem filij habuerit ius ad vsumfructum, per textum *in l. 2. C. de bon. matern.*, qui vsusfructus per consequens debuerit eidem patri saluus esse, seu reseruari; Non obstat, inquam, quia ratione deportationis patris vsusfructus fuit simpliciter consolidatus cum proprietate in fauorem filij, & per consequẽs potuit de illo filius disponere iuxta ea, quæ supradicta sunt.

Rationes pro hac resolutione, & solutiones contrariorū.

Ratio secundæ partis etiam patet ex dictis, quia, cum testamentum non habeat vim, nisi intercedente morte testatoris, & antecedenter ad talem mortem pater fuerit restitutus, per illam restitutionem rumpitur, sicuti rumpitur per superuenientiam filiorum; hocque videtur firmari, per textum *in d. l. in quæstionibus § ita tamen*, Ibi. *Ita tamen, vt gesta per filium, cuius consilia legitima ætas firmauerat, rata sint.*

---

§ XI.

An filio familias minori deportato, & indulgentia Principis restituto, possit dari curator.

SVMMARIVM.

Series facti proposita. 1.

Filius familias per deportationem eximitur à potestate patris. 2.

Sententia asserens filium ex indulgentia Principis restitutum redire sub patria potestate. 3.

Congruentius tamen non reddit sub patria potestate. 4.

Afferuntur nonnulla explicationes pro conciliandis textibus in l. in insulam ff. de sent. passis, & §. cum autem instit. quib. mod. ius pat. potest. 5.

Textus in d. l. in insulam, *importat solum quandam permissionem pristinæ libertatis.* 6.

Ex hoc capite filius ex indulgentia Principis restitutus posset habere tutorem. 7.

Ex alio tamen capite Pater eius curator esse deberet. 8.

1 Explicatur titulus in suis terminis.

DIsquisitio XI. Ob delictum ab ipso commissum filius familias in minori ætate constitutus fuit deportatus, ratione cuius deportationis vinculo patriæ potestatis fuit solutus. Postea perseuerante eadem minoritate ex indulgentia Principis fuit restitutus ad patriũ solum, & ad præcedentem dignitatem. Quæsitum fuit, an eidem post restitutionem tanquam capiti libero, posset curator constitui, an verò eidem tanquam regresso in patriam potestatem nullatenus curator posset assignari.

2 Filius familias per deportationem eximitur à potestate patris.

Hæc difficultas sic proposita ex vno capite pendet ex eo, an re vera filius per talem restitutionem adhuc reducatur sub patria potestate, adeout ratione eiusdem non possit alium habere curatorem, an verò per talem restitutionem patriæ potestatis, non restituatur adeout ex hoc capite possit eidem curator constitui, quamuis fortè ex alio capite curator alius excludatur. Et quidem, quod per deportationem filius familias eximatur à potestate patris, manifestum est ex *§. cum autem in princip. Instit. Quib. mod. ius patr. potest. solu.* An verò per restitutionem eidem patriæ potestati restituatur? Id est, quod specialitèr hic discutiendum proponitur?

3 Sententia asserens filium ex indulgentia Principis restitutum redire sub patria potestate.

Prima fronte asserendum videtur, quod filius ex indulgentia Principis restitutus redeat sub patria potestate; quod multis rationibus videtur posse euinci, primo, quia pater deportatus per restitutionem recuperat patriam potestatem, ergo & filius restitutus debet in eandem recidere. Secundo, quia libertus restitutus recidit in ius libertinitatis *l. siue patronus ff. de iur. patron.*, ergo etiã filius restitutus recidit in patris potestatem. Tertio, quia *in §. cum autem Instit. Quib. mod. ius patr. potest. sol.*; absolute dicitur, quod tam pater, quam filius deportatus amittat patriam potestatem, & vterque restitutus eandem recuperet.

4 Congruẽtius tamen non reddit ad patriam potestatem.

His tamen non obstantibus respondeo filium ex indulgentia Principis restitutum ad patrium solum, & ad præcedentem dignitatem non restitui patriæ potestati. Hoc expreisè euincitur ex textu *in l. in insulam C. de sent. pas.* Ibi- *In insulam deportato filio, hacque ratione vinculo paterna potestatis exempto, si postea ex indulgentia Diui Alexandri (vt proponis) reditus ad patrium solum, præcedensque dignitas restituta sit, potestas tamen patria repetita non videtur*, & rationem, *ibi in verb. non videtur glosa adducti*, quia sic ei restitutio noceret.

Multum hic desudant DD. in conciliando hoc textu cum *d. §. cum autem instit. quib. mod. ius patr. potest. sol.*, vbi, vt asserebam, expreisè dicitur, quod tam pater, quàm filius deportatus, & restitutus recuperet patriam potestatem. Nonnulli asserunt *in d. §. cum autem* factam fuisse restitutionem quoad omnia; in hoc autem textu *l. in insulam*, factam solummodo quoad patrium solum. Sed hæc explicatio non videtur conformis textui *in d. l. in insulam*, quia, cum in eo dicatur, *Reditus in patrium solum præcedensque dignitas restituta sit*, videtur in omnibus restitutus, cum etenim intelligatur restituta dignitas, videntur restituta omnia, quæ conferre possunt ad talem dignitatem. Glosa *in d. l. in insulam in verb. non videtur in fine*, asserit, quod *in d. §. cum autem*, fuerit restitutio; *in d. l. in insulam*, solum indulgentia, & quod restitutio importet reintegrationẽ quoad omnia scilicet quoad honorem, & bona, & per consequens etiam quoad patriam potestatem, per textum *in l. 1. C. de sent. pas.*, indulgentia verò non restituat quoad omnia, prout euinci videtur, per textum *in l. Generalis indulgentia nostra C. eod.*, *& in l. fin. C. de gener. ab lit.* Hæc Glosæ explicatio coincidit cum prima in substantia, & solum differt in verbis, vndè eadem ratione videtur elidi, quandoquidem *in d. l. in insulam*, non solum supponitur facta restitutio quoad patrium solum, sed etiam quoad præcedentem dignitatem, & sic videtur restitutus honor, & cætera, quæ pertinere possunt ad talem dignitatem; neq; obstat textus *in d. l. generalis indulgentia nostra*, nam in hac solum supponitur indulgentia quoad pœnam; *in l. in insulam*, autem supponitur etiam indulgentia quoad dignitatem, Ibi· *præcedensq; dignitas restituta sit*. Fateor quidem, quod, si fuerit præcisè indulgentia hæc solummodo comprehendat remissionem quoad pœnam, & permissionem reditus ad patrium solum, sed quando est indulgentia cum restitutione præcedentis dignitatis, vt in casu *d. l. in insulam*, tunc intelligitur restitutio quoad omnia, vndè allegatũ discrimen à Glosa inter textum *in d. §. cũ autem*, & textum *in hac l. in insulam*, non videtur subsistere. Alij dicunt, vt supra, quod textus *in d. §. cum autem*, sit intelligendus solummodo quoad patrem reuertentem, seu restitutum, qui reintegratur quoad patriam potestatem in ordine ad filium; textus verò *in d. l. in insulam*, sit intelligendus quoad filium restitutum,

5 Afferuntur nonnullæ explicationes ad conciliãdos textus *in l. in Insulam ff. de sent. pas., & in §. cum autem Instit. quib. mod. ius pat. pot. sol.*

Aliæ explicationes pro eodem.

ftitutum, qui non eſt ſubijciendus patriæ poteſtati, cæteroqui reſtitutio eidem noceret, quod eſſe non poteſt; etenim beneficium reſtitutionis in eius odium retorqueretur, quod certè non eſt dicendum obſtante textu *in l. quod fauore C. de legib., & conſtit.* Sed hoc non videtur congruere *cum d. §. cum autem*, quandoquidem in eodem dicitur, quod etiam filij deportati, & reſtituti recidant in patriam poteſtatem. Ibi *Pari ratione, & ſi is, qui in poteſtate parentis ſit, in inſulam deportatus fuerit, deſinit eſſe in poteſtate parentis*, & poſtea ſubditur. *Sed, ſi ex indulgentia Principis reſtituti fuerint, per omnia priſtinum ſtatum recipiunt*, quæ certè verba non referuntur ſolum ad patrem reſtitutum, ſed etiam ad filium, nam textus loquens in princip. de patre loquitur in numero ſingulari, dum dicit per deportationem amittere patriam poteſtatem. Ibi *cum autem is, qui ob aliquod maleficium deportatur &c.* quod idem in numero ſingulari præſtat quoad filiũ, dum dicit per deportationem eximi ab eadem patris poteſtate; poſtea vtrumq; reaſſumendo in ordine ad reſtitutionem loquens in ſenſu plurali dicit, *Sed, ſi ex indulgentia Principis reſtituti fuerunt &c.*, quæ certè verba in plurali numero concepta vtrumque comprehendunt. Quid iam dicendum quoad hanc textuum contrarietatem?

6 Textus *in d. l. in Inſulam* importat ſolum quãdam permiſſionẽ priſtinæ libertatis

Dic textum *in d. l. in Inſulam*, quamuis conceptum in terminis reſtitutionis præcedentis dignitatis importare ſolummodo quandam permiſſionem priſtinæ libertatis, quæ exprimitur nomine dignitatis, licet minus propriè ſit talis; per quam permiſſionem non intelligitur facta in integrum reſtitutio, & per conſequens, nec reddita patria poteſtas, quod ſecus ſe habet in diſpoſitis *in d. §. cum autem*. Secundum quæ intelligitur facta plena reſtitutio; & ſecundum hanc explicationem intelligenda ſunt, quæ dicebantur de liberto reſtituto, qui recidit in plenam libertinitatem; in hoc etenim intelligitur facta plena reſtitutio.

7 Ex eo capite filius ex indulgentia Principis reſtitutus poſſet habere tutorẽ.

Ex quibus poteris deducere, quod, cũ hic filius familias per illam indulgentiam non reſtituatur, ſeu iterum ſubdatur patriæ poteſtati, ex hoc capite non impediatur quominus poſſit curatorem recipere; intelligitur enim caput liberũ, & patri non ſubiectum, vndè ſicuti, quãdo pater eſt deportatus, poteſt filio, vel tutor, vel curator aſſignari, quia tunc eſt liber a patria poteſtate, ita quando ipſe filius fuit deportatus; & non plenè reſtitutus, eidem, ſi fuerit adhuc in minori ætate conſtitutus, poterit curator conſtitui, quia adhuc in ordine ad patrem remanet caput liberum.

8 Ex alio tamen capite Pater eius curator eſſe deberet.

Reſpondeo ſecundo, quamuis ex hoc capite non impediatur quominus filio ex indulgentia Principis patriæ reſtituto poſſit curator conſtitui; ex alio tamen capite non videtur curator eidem aſſignandus argumento eorum, quæ docuimus *ſub hoc eodem tit. de tut., & curat. prænot. 1. in explicatione definit. tutela in illa particula in capite libero*, nempè, quod licet filius ſit emancipatus à patre, & per conſequens à patria poteſtate exemptus, non propterea poſſit eidem tutor, vel curator conſtitui, prout etiam docuit *Montanus de tut., & curat. c. 3. num. 39.*, & hoc propter rationem ſummi amoris præſumpti Patris erga filium, quo maior præſumi nequit, per textum *in l. vlt. in princip. ff. de curat. furioſ.*, qui amor non extinguitur ex emancipatione, & ratione eiuſdem amoris nulli congruentius res filij videntur credendæ quam patri, vt conſuluiſſe videtur *Angelus Aretin. in §. his qui n. 1. inſtit. de hæredit., quæ ab inteſt.*, ſicuti igitur, non obſtante, quod filius emancipatus non ſit ſub patria poteſtate, viuente patre non recipit tutorem, & curatorem, ita quamuis filius deportatus, & ex indulgentia Principis reſtitutus patrio ſolo non ſit ſub patris poteſtate, nihilominus eodem viuente non poterit curatorem recipere. Ex alio etiam capite fortè non poterit curatorem recipere, quia ſcilicet, cum per Indulgentiam Principis ſit ſolum reſtitutus patrio ſolo, cum libertate ibidem permanendi, non intelligitur bonis reſtitutus, nec honoribus, per textum *in l. Generalis C. de ſent. paſ.*, adeoque non eſt propter quod ſit curator eidem conſtituendus.

---

§. XII.

An filio familias relegato poſſit tutor, vel curator conſtitui, vel eidem non relegato, ſi eius pater fuerit relegatus.

SVMMARIVM.

Senſus difficultatis expoſitus. 1.
Vnde deſumatur ratio dubitandi. 2.
Per relegationem ſiue Patris, ſiue filij non ſoluitur patria poteſtas. 3.
Differentia inter deportationem, & relegationem. 4.
Relegatio eſt ad tempus ſine excluſione bonorum. 5.

Filio

Filio relegato non potest tutor constitui. 6.

1 *Series facti exposita.* DIsquisitio XII. Relegato in Insulam Patre, ob delictum ab ipso patratum filius Patre eodem destitutus remansit, vel fortè filius ipse delinquens fuit relegatus. Quæsitum hic fuit, an eidem filio in vtroque casu posset tutor, vel curator constitui?

2 *Vndè desumatur ratio dubitandi.* Hæc difficultas pendet ab illa quæstione, an per relegationem patris, vel filij soluatur ius patriæ potestatis; si etenim filius, siue ipse fuerit relegatus, siue eius pater, exemptus non remaneat ab eadem Patris potestate certum omnino videtur, quod eidem tutor non possit constitui ex generali regula supra tradita, quod Patrem habenti non possit tutor constitui, cum ipse filius non sit, seu non esset caput liberum; si verò exemptus a tali potestate remaneat saltem ex hoc capite videtur eidem posse tutor, vel curator assignari, cum tunc esset caput liberum. Quamobrem

3 *Per relegationem siue Patris, siue filij non soluitur patria potestas.* Respondeo primo, per relegationem siue patris, siue filij non solui vinculum patriæ potestatis. Expreisè hoc colligitur ex d. §. *cum autem instit. quib. mod. ius patr. potest. solu.* Ibi *Relegati autem Patres in insulam in potestate liberos suos retinent, & ex contrario liberi relegati in potestate parentum remanent.*

Si autem hic quæratur ratio, cur propter deportationem, siue fuerit Patris, siue filij soluatur vinculum patriæ potestatis, non sic autem per simplicem relegationem? Varias differentias inter relegationem, & deportationem assignat *Glosa in d. §. cum autem in verb. retinent Instit. quib. mod. ius patr. potest. solu.*

4 *Differentiæ inter deportationem, & relegationem.* Prima est, quæ innuitur *in l. relegati ff. de interdict. & releg.*, quod scilicet relegati retinent bona, non sic deportati. Secunda est, quia relegati tenentur locis interdictis abstinere, & manere in loco præcepto ad tempus, alioqui augetur pœna vel in perpetuum, vel alio modo, prout habetur expreisè *in l. relegati ff. de pœnis.*; deportati verò in perpetuum debent abstinere, & in loco deportationis manere, vt docet *Oinotomus lib. 1. tit. 12. nu. 6.*, & si non abstineant vel nó maneant puniuntur pœna capitis, prout *in d. l. relegati ff. de pœnis, & in l. relegatorum ff. eod. tit.* Tertia est, quia relegati in potestate sua liberos retinent, & alia omnia sua iura, prout *in d. l. relegati ff. de interd. & releg.* deportati autem non

5 *Relegatio est ad tempus sine exclusione bonorum.* ita iuxta superius dicta. Hinc directè respondere poteris quæsito, cur scilicet per deportationem amittatur patria potestas non sic per relegationem; Dic etenim, quod, cum relegatio sit ad tempus, nec cum exclusione bonorum non constituat relegatum mortuum ciuilitèr, sicuti constituit deportatio, quæ ex genere suo est perpetua, & cum exclusione bonorum, & cuiuscunque dignitatis.

Ex quibus etiam poteris deducere, quod, cum relegatio non demat patriam potestatem, nec quoad Patrem, nec quoad filium per mox allegata iura, per illam non constituatur filius caput liberum, & per consequens eidem non possit tutor constitui arg. textus *Instit. de tutel. in princip., & ibi communiter DD.* Sed, an saltem pro tempore absentiæ propter relegationem possit dari curator? Probabilius crederem, dari posse per Patrem, qui potest vices suas alteri delegare, vel etiã per Iudicem ad requisitionem Patris, vel eo non petente etiam a Iudice ex officio, quia maximè expedit Reipublicæ, ne bona minorum profundãtur, qui tamen curator immediatè cessabit redeunte Patre a relegatione. 6 *Filio relegato non potest tutor constitui.*

§. XIII.

An Patre bannito ad modum nostrorum temporum possit filio eius impuberi tutor constitui.

S V M M A R I V M.

Declaratur titulus in proprijs terminis. 1.

An bannitus comparetur deportato, an relegato. 2.

Varia genera bannorum, & delictorum. 3.

Si Pater fuerit bannitus ob delictum cum confiscatione bonorum, & expressione, quod possit impunè occidi, eius filys dari potest tutor. 4.

Si Pater fuerit bannitus cum confiscatione bonorum, non tamen cum expressione, quod possit impunè occidi, probabile est, quod eius filys non possit tutor constitui. 5.

Bannitus sine tali expressione non amittit priuilegia iuris communis. 6.

Si Pater fuerit bannitus absque confiscatione bonorum non amittit ius patria potestatis. 7.

Si Pater fuerit bannitus cum confiscatione bonorum, & expressione, vt possit impunè occidi, non ob delictum probatum, sed in contumaciam, secundum communem praxim potest eius filys tutor constitui. 8.

DIsquisitio XIII. Ex delicto per Patrem commisso emanauit aduersus ipsum sententia banni, ratione cuius exulare tenetur, vel a toto regno, vel ab ali-

aliqua prouincia, vel ciuitate, à quibus fuit proscriptus. Hic escitatum fuit dubium, an eius filijs impuberibus constitui posset tutor?

1 Series disquisitionis exposita.

Hanc controuersiam escitauit *Glosa in d. §. tum autem in verb. retinent. Instit. quib. mod. ius patr. potest. solu.* vbi inquirit, an banniti correspondeant deportatis, an verò relegatis; si enim deportatis comparentur, indubitati iuris videtur iusta superius dicta, quod filijs impuberibus possit tutor constitui, cum sint capita libera à potestate patria absoluta, & exempta; si verò relegatis etiam certum videtur, quod illis non possit tutor assignari, cum non sint capita libera, & adhuc sub potestate patris.

2 Dubium, an bannitus comparetur deportato, an relegato.

Pro solutione ponderanda sunt diuersa genera bannorum in ordine ad diuersa delicta; vel etenim bannum est capitale cum confiscatione bonorum ob delictum enorme, puta læsæ Maiestatis, vel est capitale ob solam simplicem contumaciam, vel est capitale absque tamen bonorum confiscatione. Rursus, vel est capitale cum bonorum etiam confiscatione absque quod tamen in sententia, vel in statuto dicatur, quod impunè occidi possit bannitus; vel est capitale cum publicatione bonorum, & cum espressione in sententia, quod impunè offendi, & occidi possit, de quibus omnibus bannis loquuntur *Peregrinus de iure fisc. lib. 3. tit. 7., Merlinus de legitima lib. 4. tit. 1. q. 4., & lib. 5. tit. 2. q. 19. & tit. 3. q. 4. per totum, Rota Romana part. 14. recent. decis.* 486. Rursus vel bannum est perpetuum, vel ad tempus iuxta qualitatem grauioris, vel minus grauis delicti, de qua distinctione, & de cuius effectibus loquuntur *Iulius Clarus §. fin. q. 84. num. 13., Petrus Caballinus resol. crimin. cas. 8. n. 47. cas. 142. num. 4. & seqq., & cas. 143.*

3 Varia genera bannorum, & delictorum.

Respondeo primo. Si Pater fuerit bannitus ob delictum atrox cum confiscatione bonorum, & cum espressione in sententia, vel in statuto, quod possit impunè puniri, offendi, & occidi, eiusdē filijs impuberibus potest tutor constitui. *Glosa in d. §. cū autem in verb. retinent Instit. quib. mod. ius patr. potest. sol. Nellus de bannitis in 1. part. 2. tempor. q. 40.* Ratio ex eo deducitur, quia sic banniti comparantur deportatis per ea, quæ scribit *Glosa mox citata*, & efficiuntur serui pænæ, & amittunt omnia priuilegia tam municipalia, quam iuris ciuilis, prout late contrarijs omnibus respondendo docet *Altogradus cons. 98. per tot. lib. 1., Caballin. resol. crimin. cas. 264. num. 27. & seqq., Cardinal Tuscus lit. B. concl. 10. & seqq., Ciarlinus contron. 161. per totum vbi multis citatis extollit dictum consil. Altogradi;* Deportati autem iusta superius latè probata, & serui pænæ iusta textum *in §. pæna seruus effectus Instit. quib. mod. ius patr. potest. sol.* amittunt ius patriæ potestatis, ergo sublato iure patriæ potestatis in Patre ratione banni cum talibus qualitatibus filius eiusdē impubes erit caput liberum, adeoque ex hoc capite eidem poterit tutor constitui.

4 Si Pater fuerit bannitus ob delictum atrox cū confiscatione bonorum, & cum expressione, quod possit impunè occidi eiusdem filijs potest tutor constitui.

Respondeo secundo. Si Pater fuerit bannitus ob delictum in pænam capitis cum publicatione bonorum, non tamen cum expressione vel in sententia, vel in statuto, quod possit impunè offendi, vel occidi; probabile saltem est, quod eiusdem filijs impuberibus non possit tutor constitui. Rationem ex eo deduco, quia, quando in sententia banni, vel in statuto non est apposita pæna, quod possit impunè offendi, & occidi, licet bannitus amittat priuilegia municipalia loci, à quo bannitur, non amittit tamen priuilegia iuris communis, & sanguinis, quia quoad hæc iura æquiparantur non bannitis *Cranetta cons. 925. num. 3. & 4., Menochius cons. 101. num. 9., Simon de Pretis de interpret. vlt. vol. lib. 2. interpret. 2. dub. 1. sol. 1. num. 12., Peregrinus de iur. fisci lib. 3. tit. 7. num. 9., & per totum, Surdus cons. 319. n. 3.,* vnde etiam habent factionem testandi actiuam, & passiuam, quia hoc est priuilegium iuris communis *Neuizanus cons. 73. num. 8. vers. confirmatur, Riminaldus in l. vt vim num. 127. ff. de iust. & iure, Peregrinus d. tit. 7. num. 13.,* & in vniuersum, quod exceptis priuilegijs statutarijs gaudeat quibuscunque actibus, & priuilegijs, quibus gaudent alij ciues, tradunt *Menochius cons. 271. nu. 1., Riminaldus Iun. cons. 590. num. 1., Peregrinus d. tract. de iur. fisci lib. 3. tit. 6. num. 8. & seqq., & tit. 7. nu. 9. 35., & 49., & lib. 5. tit. 1. num. 132.* patria autem potestas descendit à iure communi, adeoque eandem non amittit, ergo Pater sic bannitus eandem non amittit, & per consequens filio vtpotè capiti non libero non poterit tutor constitui.

5 Si Pater fuerit bannitus cum confiscatione bonorum, non tamen cum expressione, quod possit impunè occidi probabile est, quod eius filijs non possit tutor dari.

6 Bannitus sine tali expressione non amittit priuilegia iuris cōmunis.

Neque hic audiendi sunt *Paulus de Castro cons. 212. lib. 2. & in l. 2. C. de hæred. instit., Bartolus in disp. Lucanæ ciuitatis num. 28.* dum dicunt, quod, si filius fuerit bannitus in ære, & in persona, amittat ius ad legitimam, quia amittit priuilegia iuris communis, & quod filius bannitus in ære, & in persona non excludat fœminas non obstante statuto easdem excludente propter masculos, quod etiā firmauerunt *Brunus super statut. quod stantibus mascul. art. 12. num. 90., Peregrinus tract. de iure fisci lib. 3. tit. 7. nu. 12. & seqq.* Non, inquam, audiendi sunt, nam eorum dicta intelligenda sunt solummodo, quan-

Solutiones rationum contrariarū.

quando bannum non solum est cum publicatione bonorum, sed etiam cum clausula, quod possit bannitus impunè occidi, vt explicant idem *Peregrinus de iure fisci lib.3.tit.7. num.26.& seqq.*, *Merlinus de legit. lib.3.tit.2.q.19.num.8. vers.ad ea, quæ in contrarium*. Ad illud, quod subditur de filio bannito, qui ex vi statuti non excludit fœminas a successione, dic hoc esse conforme nostræ responsioni, secundum quam admittimus, quod bannitus in ære, & in persona excludatur à priuilegijs, & ab actibus statotarijs; ius autem tutelæ, seu patriæ potestatis non procedit à statuto, sed a iure communi, & sanguinis.

7 Si Pater fuerit bannitus absque confiscatione bonorum non amittit ius patriæ potestatis.

A fortiori in hac nostra responsione deducitur, quod, si Pater fuerit bannitus absque confiscatione bonorum, non amittat ius patriæ potestatis, & per consequens eius filijs impuberibus non possit tutor constitui, cum non sint capita libera, sed subiecta.

8 Si fuerit bannitus cum confiscatione bonorũ, & expressione, vt possit impunè occidi, & hoc in contumaciam eius filijs potest tutor dari.

Respondeo tertio. Si Pater fuerit bannitus in pęnam capitis cum confiscatione bonorum, etiam cum clausula, vt possit impunè occidi, non propter delicta contra ipsum probata, sed in contumaciam, quidquid sit de iure communi, stante communi praxi eorum filijs impuberibus probabilius potest tutor constitui. *Rota Romana part.14. recent. decis.486. num.8.& 9.* Ratio ex eo deducitur, quia attenta communi praxi criminalistarum contumax habetur pro confesso *Pacificus Iordanus lucubr. vol.3. lib.14. tit.25.n.97.*, *Fiscus lib.6. concl.9. num.18.*, vbi stante statuto, quod contumax habeatur pro confesso, concludit, quod habeatur tanquam condemnatus ex delicto confessato, & *Rota Romana d. decis.486. nu.8.& 9.*, quod in praxi à criminalistis non fit diferentia, & procedatur contra contumaces, vt fictè confessos, quæ ficta confessio resultans ex contumacia habetur pro liquida probatione; bannitus autem confessus, & condemnatus in pænam capitis cum confiscatione bonorum, & clausula vt impunè possit occidi, amittit patriam potestatem, ergo etiam bannitus condemnatus ob contumaciam cum talibus qualitatibus eandem potestatem amittet, adeoque eius filij liberi permanebunt, & per consequens eisdem poterit tutor constitui.

Respondeo quarto. In fortioribus terminis Pater bannitus sine confiscatione bonorum, siue sit ad tempus, siue in perpetuum, non amittit patriam potestatem, adeoque eius filijs impuberibus non poterit tutor assignari. In hoc arbitror omnes conuenire, & deducitur ex præcedenter dictis.

§. XIV.

An proximus infantiæ possit in iudicium vocari sine tutore, eidemque possit notificari, denuntiari, offerri sine eodem tutore.

SUMMARIUM.

Sensus disquisitionis expositus. 1.
Quinam propriè dicantur proximi infantiæ. 2.
Proximi infantiæ dicuntur gnari linguæ, sed rerum agendarum ignari. 3.
Proximi infantiæ non possunt ad iudicium vocari sine tutore. 4.
Non est tamen necesse, quod tutor simul cum pupillo compareat, sed sufficit, quod compareat, antequam lis fuerit contestata. 5.
Nec proximis infantiæ potest sine tutore notificari, & offerri. 6.

Disquisitio XIV. Dictum fuit in eadem definitione tutelæ, quod tutor detur ad defendendum eum, qui propter ætatem se tueri non potest, vi cuius clausulæ conceditur tutori vis, & facultas exercendi ea munera quoad personam, & bona pupilli, quæ ipse pupillus propter ætatem debilem, & iudicium non ita plenum exercere congruè non potest. His suppositis modo quærimus, an, si pupillo datus fuerit tutor, qui tamen pupillus proximus sit infantiæ possit sine tutore in iudicium vocari, eidemque notificari, denuntiari, & offerri sine eodem tutore?

1 Disquisitio exposita in suis terminis.

Pro huius quæsiti notitia, & resolutione aduerte primo cum *Menochio de arbitrar.cas.59.num.7.& seqq.*, qui etiam testatur de communi, proximum infantiæ illum intelligi, qui egressus annum septimum suæ ætatis non adbuc excessit annum decimum cum dimidio, vnde infantiæ proximitas incipit post annum septimum, & finem accipit immediatè post annum decimum cum dimidio, post quem incipit esse proximus pubertati, licet aliqui asserant iudicis arbitrio remittendum esse, decernere, quando quis proximus infantiæ intelligatur iuxta personarum, locorum, & actuum qualitates *Paulus Zacchias quæstionum medicar. legal.lib.1.tit.1.q.3.per totum*.

2 Quinam propriè dicantur proximi infantiæ.

Aduerte secundo proximos infantiæ dici quidem gnaros linguæ, sed rerum agendarum adhuc ignaros *Cuiacius in §. pupillus instit.de inutilib. stipul.* hocque *Zasius in l. possessio §. adipiscimur ff. de acquir.*, vel

vel amitten. posses.; appellat infantes secundi generis, quia habent aliqualem intellectum, sed non perfectum discursum; vndè communiter dicunt, hos non esse doli capaces *Iacobus Menochius remed. 9. recuper. q. 3.*, nec eisdem posse delictum aliquod adscribi, per textum *in l. infans ff. ad leg. Cornel. de Sicar.*, & *l. 3. §. prima verba ff. de sepulc. viol.* His positis.

3 Proximi infantiæ dicuntur gnari linguæ, sed rerum agendarũ ignari.

Respondeo primo, proximus infantiæ non posse ad iudicium vocari sine tutore, alioqui acta contra ipsum esse nulla *Alexander in l. neque impuberem nu. 2., & 3. ff. de in ius voca.*, *Arias Pinellus in l. 1. in secunda part. n. 67. in verbis verior enim, & recentior sententia est C. de bon. matern.*, *Petrus Rebuffus in proem constit. num. 73.*, *Tiraquel. de retract. lignag. §. 1 glos. 13 nu. 16., & 369.* Ratio ex eo deducitur, quia licet proximi infantiæ sint gnari linguæ, ignari tamen quoad res agendas intelliguntur, nec habere censentur intellectũ aptum ad prudentèr peragenda negotia, vndè, nec doli capaces sunt, vt supra, & sic iura maximè solicita de eorũ indemnitate meritò, & congruè statuerunt, vt sine tutoribus ad acta iudicialia non possint auocari, ne ex defectu iudicij in rebus suis nocumentum sortiantur.

4 Proximi infantiæ non possunt ad iudicium vocari sine tutore.

Aduerte tamen, quod licet tutor requiratur, vt proximus infantiæ in iudiciũ vocetur, nõ reddãtur tamen acta nulla, si postquam ille vocatus est in iudicium, tutor compareat, antequam lis intelligatur contestata, prout expressè notat *Arias Pinellus in l. 1. part. 2. num. 67. C. de bon. mater.*, & ratio est, quia tunc nullum præiudicium potest minori contingere, & parum referre potest, quod tutor sit simul cum pupillo ad iudicium vocatus, vel quod fuerit solus pupillus citatus, sed tutor comparuerit, antequam causa intelligeretur per contestationem introducta, nam tunc non posset dici proximus infantiæ remanere indefensus, & solummodo suo leui fretus iudicio, cum haberet in actionibus necessarijs munimen tutoris, & illa actio citatoria non potest esse præiudicialis, & noxia, cum sit solummodo præparatoria ad actus. Aduertit insuper *Tiraquel de retract. lignag. §. 1. glos. 13. nu. 19. in fine*, quod possit esse valida citatio proximi infantiæ etiam sine tutore, quando citatio esset solummodo ad effectum, vt eidem detur curator ad litem, quod tamen intelligendum est, quando proximus infantię non haberet tutorem, nam, si tutorem haberet, non esset necessarius curator ad litem, eum ad eundem tutorem munus huiusmodi pertineret, vel si dandus esset, quia ipse tutor esset impeditus vel non idoneus ad litem, tunc certè ipse tutor esset vocandus.

5 Sufficit, quod tutor compareat antequã lis fuerit contestata.

Respondeo secundo. Nec proximis infantiæ posse sine tutore notificari, denuntiari, & offerri. *Socinus in tract. citationum art. 20. num. 49.*, *Carolus Molineus in consuetud. §. 13. glos. 11. num. 7.*, *Montanus de tut. & curat. c. 5. nu. 51.*, quod videtur expresè colligi ex textu *in l. si ex stipulatu ff. de verb. oblig.*, & item *ex l. Diuus ff. qui per. tut.*, & hoc eisdem rationibus euincitur, quibus præcedens responsio; Limitat tamen idem Molineus in casu, quæ proximus infantiæ careret tutore, & esset necessaria denuntiatio litis motæ pro recursu euictionis, sine qua denuntiatione careret, seu priuaretur actione, seu eodem recursu pro euictione, cum tunc ageretur de damno vitando, & esset periculum in mora, quod idem repetit *in tract. de vsuris q. 40. num. 509.*

6 Nec proximis infantiæ potest sine tutore notificari, denunciari, & offerri.

---

§. XV.

An vt proximus infantiæ contrahere possit valide sponsalia requiratur consensus, & auctoritas tutoris.

SVMMARIVM.

Exponitur ratio dubitandi in suis terminis. 1.
Proximus infantia potest sine tutoris consensu contrahere sponsalia. 2.
Intellige siue fuerit masculus, siue fæmina. 3.
Ratio, cur proximus infantia possit contrahere sponsalia sine tutore, non sic alios contractus. 4.
Indispensabiliter, secundum aliquos ad contrahenda sponsalia requiritur, quod compleuerit septennium. 5.
Si tamen malitia praeuenerit ætatem potest antecedenter contrahere. 6.
Soluuntur rationes contraria sententia. 7.

Disquisitio XV. Excesserat Caius septimum suæ ętatis annum, nondum tamen attigerat decimum cum dimidio. Contrahere tunc intendebat sponsalia, seu matrimonium de futuro cum Calidonia forte etiam in eadem ætate, vel quæ etiam attigerat decimum secundum annum. Caius erat sub tutela Antonij patrui sui. Quæsitum hic fuit, an valide potuerit illa sponsalia contrahere sine consensu, & interuentu eiusdem Antonij tutoris? Hoc quæsitum, quod proponitur in hypothesi, qua haberet tutorem, locum etiam habet in casu, quo careret tutore, an scilicet tunc

1 Sensus disquisitionis expositus.

ex se posset valide contrahere?

2 *Proximus infantiæ potest sine tutore contrahere sponsalia.*

Respondeo proximum infantiæ posse validè contrahere sponsalia etiam sine consensu, & approbatione tutoris, quod intellige, siue tutorem habeat, eundemque pro tali consensu, & approbatione non requirat, siue non requirat, quia eundem tutorem non habeat. *D. Thomas tertia part. q.43. art.2. in corpor.*, *Sanchez de matrimon. lib.1. disp.16. num.2.*, *Tabiena verb. sponsalia num.5.*, *Silnester eod. verb. num.2.*, & nos ipsi docuimus tom. 5. sub tit. *Contractus XIV. de sponsal. 1. prænot. 2. nu. 7. & seqq.*, quod verificatur, siue proximus infantiæ fuerit masculus, siue fæmina, nam in vtroque sufficit illa ætas ad contrahendum; nec in hoc valere potest paritas desumpta à contractu matrimonij, in quo requiritur maior ætas in masculo, quam in fæmina, quandoquidem, vt bene aduertit *D. Thomas d. tertia part. q.43. art. 2. ad tertium* in sponsalibus attenditur solum tempus discretionis, quæ in vtroque pro eodem tempore præsumitur esse; in matrimonio verò etiam motus naturæ attendendus est, qui præcedit in muliere. Hoc etiam verificatur, siue vterque sit proximus infantiæ, siue alter in eadem proximitate continuatur, alter excesserit. Responsio expresse colligitur *ex c. vnico de desponſ. impub. in sexto, & c. literas eod. tit. & c. accessit, & c. ad dissoluendum eod. & l. in contrahendis sponsalibus in fin. ff. de sponsalib.*, & congrua quidem ratione hoc decernitur, quia ad valide contrahenda sponsalia illa ætas sufficit, quæ sufficit in contrahentibus ad inducendam obligationem ex proprio consensu, sed ætas excedens septennium sufficiens est ad contrahendam obligationem ex proprio consensu, quia pro illo tempore incipit libertas, & vsus rationis per textum *in l. si infanti §. vlt. iuncta l. potuit C. de iur. delib.*, ergo pro illo tempore poterunt valide, & legitime sponsalia contrahi.

3 *Intellige, siue fuerit masculus, siue fæmina.*

4 *Ratio, cur proximus infantiæ possit cótrahere sponsalia sine tutore non sic alios contractus.*

Si autem inquiras, cur talis ætas, qua quis constitutus est proximus infantiæ sufficiens dicatur ad contrahenda sponsalia etiam sine tutore, non sic autem in ordine ad alios contractus? Tunc dicam hoc prouenire, quia in ijs, quæ pertinent ad matrimonij contractum filij intelliguntur esse sui iuris, & a natura ipsa quoad hoc intelligitur omnibus indita libertas, vnde solum sequitur discretio ad cognoscendum id, quod promittitur, quæ discretio supponitur in illa ætate; Neque obesse potest id, quod habetur *in c. 1. de desponſ. impub.* vbi dicitur filium teneri adimplere matrimonium, quod Pater pro se nondum adulto contraxit; Non inquam, obesse potest, quia vt benè notat *Bonacina de matrimon. q. 1. punct. 4. num. 9. vers. neque obstat* ille textus intelligendus est de debito honestatis, & conuenientiç, non verò de necessitate alicuius obligationis coactiuæ, seu præcepti, prout etiam nota *Glosa in d. c. 1. de desponſ. impub.*

5 *Indispensabiliter secundũ aliquos ad contrahenda sponsalia sine tutore requiritur, quod sit proximus infantiæ.*

An verò requiratur simplicitèr, & indispensabilitèr ad effectum, vt validè contrahantur sponsalia, quod contrahens sit proximus infantiæ, an verò etiam possint validè contrahi antecedentèr, maximè in casu, quo malitia ætatem suppleret? Requiri simplicitèr, & indispensabilitèr affirmant *Abbas in c. inuenio de sponsal.*, *Phylippus Francus in rub. de testament. in sexto vers. primo prohibetur*, quam opinionem esse communiorem affirmat *Couarruuias in prima part. decret. c. 2.*, quamuis ipse adhæreat contrariæ opinioni. Ratio huius opinionis ex eo deducitur, quia, vbi certa ætas ad aliquem actum à iure requiritur, ea præscribitur tanquam forma; forma autem nequit per quid aliud suppleri. Nihilominus, quia *tom. 5. sub tit. Contractus XIV. de sponsal. 1. prænot. 2. num. 10.* contrarium statuimus, à statuto recedendum non arbitror, prout docuerunt etiam *Sotus in quarto dist. 27. q. 2. art. 2. ad tertium*, *Henriquez lib. 11. de matrim. c. 13. num. 9.*, *Costanus de sponsal. tit. qui possint contrah. sponsal. num. 2.*, *Bartolomæus de Ledesma de matrim. q. 43. art. 2. dub. 2.*; quod expressis verbis tenuit *D. Thomas in quarto dist. 27. q. 2. art. 2. ad septimum*, dum dixit, quod *in sponsalibus, si appropinquant contrahentes ad tempus septennij, contractus sponsalium habeat robur*, & statim subdit, *quia in quibusdam magis acceleratur vsus rationis, quam in alijs*. Ratio autem ea est, quia iura in tantum prçscribunt septennium, & vtique completum, in quantum regularitèr præsumunt in illa ætate superuenire vsum rationis, ergo, si ex perfecta corporis deorganizatione acceleretur ante tale tempus vsus rationis, poterunt validè sponsalia celebrari, & hinc *Iuris Consultus in l. in sponsalib. ff. de sponsal.* dicit sat esse ad validitatem ipsorum, si sponsi intelligant id, quod agunt, ergo, si præueniente malitia ætatem ante talem ætatem intelligunt id, quod agunt, poterunt validè contrahere.

6 *Si tamen malitia præuenerit ætatẽ non requiritur indispensabiliter illud complementum.*

7 *Soluuntur rationes contrariæ sententiç.*

Neque obstant ea, quæ pro contraria opinione afferebantur nempe, quod illa ætas præscribatur tanquam forma, quæ propterea nequeat per quid aliud suppleri; Non obstant, inquam, quia imprimis docent *Gomez tom. 1. c. 2. num. 7.*, *Vasquez de succeſ. tom. 1. lib. 1. §. 4. nu. 31.*, quan-

quandoque id, quod pro forma, & solemnitate requiritur, suppleri possit per æquipollens. Deinde non præscribitur illa ætas tanquam forma absolutè, sed solum præsumptiuè, quatenus scilicet regulariter præsumitur, quod in illa ætate superueniat vsus rationis; vnde, si antecedentèr adsit vsus rationis, ille est vera forma, quatenus per illum exhibetur legitimus consensus, qui est forma substantialis contractus. Vsus igitur rationis est id, quod intenditur à iuribus ad validitatem sponsalium, &, si exprimitur septennium, est, quia in illo talis vsus præsumitur aduehire.

---

§. XVI.

An tutores pro suis pupillis minoribus septennio possint contrahere sponsalia eo modo, quo possunt contrahi a parentibus pro filijs suis impuberibus.

SVMMARIVM.

Exponitur factum iuxta alibi dicta. 1.
Tutores non possunt validè contrahere pro suis pupillis minoribus septennio sponsalia, quæ obligent eo modo, quo obligant inita per parentes ante septennium. 2.
In quo consistat illa maior obligatio sponsalium per parentes initorum. 3.
Sufficit quoad sponsalia per parentes inita, quod filij, cum peruenerint ad septennium, & sciuerint ea esse inita, tacuerint. 4.

DIsquisitio XVI. Dictum fuit *tom. 5. sub tit. Contractus XIV. de sponsal. prænot. 3. num. 1.* posse parentes pro filijs etiam ante septennium contrahere sponsalia, quæ tamen ipsos non obligant, si, postquam peruenerint ad vsum rationis, & sciuerint esse per eosdem contracta, reclamauerint, & contradixerint; ita tamen, vt, si post septennium, & acquisitum vsum rationis, & scientiam de talibus sponsalibus per parentes, non reclamauerint, nec contradixerint pro tempore congruo intelligantur rata huiusmodi sponsalia, prout docent *D. Thomas in quarto dist. 27. q. 2. art. 2. ad primum, & ibi Paludanus q. 1. art. 1. concl. 1. num. 4., Sotus q. 2. art. 2. ad secundum, Ancharanus c. vnico §. porrò num. 3. de despons. impub. in sexto, Petrus de Ledesma de matrim. q. 43. art. 2. dub. vlt. concl. 2.* Modo controuertimus, an, si per tutores pupillorum ante septennium pro illis fuerint inita sponsalia, eodem modo teneant, ac si essent inita per parentes, adeout, si non reclamauerint post acquisitum vsum rationis, rata habeantur, si verò reclamauerint, irritentur?

1
Exponitur factū iuxta alibi dicta.

Respondeo, probabilius per tutores non posse pro suis pupillis septennio minoribus contrahi sponsalia, quæ obligent eo modo, quo obligant inita per parentes in tali filiorum suorum ætate. In hanc responsionem consentire videntur *Sanchez de matrimon. lib. primo de sponsal. disp. 23. num. 7. vers. secundo, quia, quamuis matrimonium*, quod etiam nos firmauimus *d. tom. 5. sub tit. Contractus XIV. de sponsalib. 1. prænot. 3. num. 13.*, vbi, quamuis esset sermo de tutoribus contrahentibus pro suis pupillis præsentibus, & tacentibus, qui supponuntur septennium attigisse, & diximus, eosdem pupillos non teneri stare tali contractui per tutores inito, attamen ibi dicta possunt rectè applicari etiam sensui præsentis responsionis, cum pro eadem militat eadem ratio, quod sic probatur. In tantum sponsalia per parentes inita pro suis filijs præsentibus, & tacentibus intelliguntur rata, & valida, in quantum in parentibus præsumitur talis, ac tantus amor erga filios, quo maior esse non potest, propter quam rationem etiam diximus *in eadem prænot. num. 1.*, quod sponsalia per eosdem parentes inita pro filijs septennio minoribus teneant, si, postquam illi peruenerint ad idem septennium, non reclamauerint; sed hæc ratio non militat pro tutoribus, siue contrahant pro suis pupillis, qui attigerint septennium, præsentibus, & tacentibus, siue pro eisdem septennio minoribus, cum non tanta affectione ferantur circa eos, quorum curam gerunt, quanta feruntur parentes circa filios; non enim in simplici cura fundatur hæc dispositio, quod sponsalia per parentes inita nomine filiorum teneant, sed in illa affectione, & præsumptione, quod filiorum vtilitati rectius consulant.

2
Tutores non possunt contrahere sponsalia per suis pupillis, quæ obligent eo modo, quo obligant inita per parentes.

Rationes pro hac responsione.

Quod, si diximus *in d. prænot. 3. nu. 5.*, quod etiam alij a parentibus possint pro filijs ante septennium contrahere sponsalia, quod etiam firmauerunt *Glosa c. vnico §. fin. verb. sponsalia de despons. impub. in sexto, Hostiensis in c. 1., & ibi Ancharanus num. 2. eod. tit., Manuel primò tom. summæ in secunda edit. c. 234. num. 4.*; hoc tamen non obstat sensui nostræ responsionis, in qua non dicimus, quod non possint contrahi sponsalia per tutores pro suis pupillis septennio minoribus, sed quod huiusmodi sponsalia sic per eosdem tutores inita non obligent eo modo, quo obligant, si sint inita per parentes. Si autem

quaeras, in quo consistat illa obligatio maior, quando sunt inita per parentes, ac quando sunt inita per tutores? dicam *cum Paludano in quarto dist. 27. q. 1. art. 1. concl. 1. num. 4., D. Antonino tertia parte tit. 1. c. 2. ante §. primum in fin. Glosa in c. 1. de matrim. contr. verb. præsente, & ibi Innocentius n. vnico, Abbas nu. 2., Cardinalis nu. 1., Alexander de Neno num. 10.* consistere in eo, quod iuxta textum *in c. vnico §. fin. de despons. impub. in sexto* disponitur, quod parentibus contrahentibus sponsalia pro filijs impuberibus eadem sponsalia teneant per solam taciturnitatem eorundem, postquam peruenerint ad septenniũ propter ingentem amorem, quo parentes filios prosequuntur, quod certè non extenditur ad alios a parentibus ipsis, vnde in ordine ad alios non sufficit simplex taciturnitas, postquam peruenerint ad vsũ rationis, sed vlterius requiritur quid aliud, per quod manifestetur consensus, seu ratihabitio, quod innuisse videtur *D. Thomas in quarto dist. 27. q. 1. art. 2. quæstiuncula secunda, & tertia*, vbi sic habet, *Verba parentum computantur in casu illo, ac si essent puellæ, sunt enim sufficiens signum, quod sunt eius, ex quo non contradicit*, quod certè non verificatur, quando verba sunt alterius a parentibus, cum eiusdem verba non habeantur tanquam verba pupilli, vel pupillæ, quorum est tutor, quod etiam videtur euinci *ex c. 1. de matrimonio contractu contra interd. Eccl.* vbi habetur, quod, ad hoc vt sponsalia per fratrem inita pro sorore teneant, non sufficiat præsentia eiusdem sororis cum taciturnitate, sed vlterius requiratur eiusdem sororis consensus; non etenim tanta affectio supponitur in fratre erga sororem, quanta in Patre respectu filij, quod idem militat in tutore respectu pupilli.

3 In quo consistat illa maior obligatio in sponsalium per parentes initorum.

4 Sufficit quoad sponsalia per parẽtes inita, quod filij, cum peruenerint ad septennium, sciuerint eadem sponsalia, & tacuerint.

---

§. XVII.

An proximus infantiæ possit præsentare Clericum ad beneficium, cuius habet ius patronatum, sine tutore.

SVMMARIVM.

Exponitur status disquisitionis. 1.
Sententia asserens proximum infantiæ posse præsentare sine tutore. 2.
Sententia asserens pertinere ad tutorem præsentare ad beneficium vacans. 3.
Debet discerni idoneitas præsentati. 4.
Est obseruanda forma præsentationis. 5.
Si proximus infantiæ ineptè præsentaret damnum subesset. 6.
Si seruata forma fundationis proximus infantiæ præsentauerit, & superior confirmauerit, tenet præsentatio. 7.
Magis honestum, & iuridicum foret, si à tutore fieret præsentatio. 8.
Tutore vnum præsentante, & alterum proximo infantiæ, quinam est præferendus. 9.

Disquisitio XVII. Circa eandem particulam definitionis nempe *ad tuendum eum, qui propter ætatem se tueri non potest*, oritur modo ratio dubitandi, an, si proximus infantiæ habeat ius patronatum circa beneficium Ecclesiasticum, & simul tutorem possit ex se præsentare Clericum ad idem beneficium? & an, si proximus infantiæ præsentet vnum, & tutor alterum, sit præferendus præsentatus à primo, an verò à secundo?

1 Factum in suis terminis.

In hoc inuenio DD. maximè inter se discrepantes. *Cæsar Lambertinus prima parte lib. 2. art. 9. secundæ quæst. princip., Gulielmus Benedictinus in repet. c. Raynutius verb. adeiectè num. 61. de testam., Citadinus in sexta parte art. 3. q. 40. & alij* sustinent posse proximum infantiæ præsentare ad tale beneficium sine tutore, quinimmo nullo modo posse tutorem præsentare; ad hoc mouentur primò paritate sponsalium, quæ sicuti proximus infantiæ potest contrahere, ita videtur posse præsentare ad matrimonium spirituale, nempe ad beneficium Ecclesiasticum, ad quod præsentatus postea præficiatur. Secundo, quia ius patronatus ad beneficia Ecclesiastica est spirituale, seu saltem spirituali annexum per ea, quæ docuimus *tom. 2. sub tit. Contractus VI. de permut. in disquis. §. 23. n. 5.* vbi diximus, quod ius patronatus sit materia simoniæ, illudque vendens sit simoniacus per ea, quæ docent *D. Thomas secunda secundæ q. 110. art. 4. & in quarto dist. 25. art. 2., D. Antoninus secunda part. tit. 1. cap. 5. §. 2., Redoanus part. 3. c. 13. num. 22. & seqq.*, quæ omnia euincunt ius patronatum esse vel spirituale, vel saltem spiritualibus annexum, quod propterea non est laicis, nisi ex gratia communicabile per textum *in c. 3. de iure patron.*, nec videtur posse cadere sub patria, & multo minus sub tutoria potestate, quæ ciuilis est *arg. textus in c. si annum de iudic. in sexto, Iason in l. patre furioso num. 47. ff. de his, qui sunt sui, vel alien. iur.*

2 Sententia asserens proximũ infantiæ posse præsentare sine tutore.

Rationes pro hac sententia

Alij verò, inter quos præcipuè *Montanus de tut. & curat. c. 5. num. 55. & seqq. vsque ad 64. exclusiuè* sustinent pertinere ad tutorem præsentare ad beneficium vacans, cuius pupillus suæ curæ commendatus habet iuspatronatum; pro quo considerant ad hoc munus præsentandi

3 Sententia asserens pertinere ad tutorem præsentare ad beneficium vacans.

tandi requiri graue iudicium, accuratum examen, & inspectiones plurimas, quæ in proximo infantiæ præsumi non possunt, nam licet habeat talem qualem intellectum, non habet tamen perfectum, vt possit omnia, quæ ad hoc necessaria sunt, comprehendere; præsentandus est etenim idoneus, & in saniori sententia magis idoneus per ea, quæ docet ex communiori *Rochus Curtius in tract. iuris patronatus in verb. onerosum q.2. num.5. glos. pragmat. de elect. verb. vtiliorem, Couaruuias in repet. c. peccatum part.2. §.7. n.1. vers. igitur;* Ad discernendum autem, qui sit idoneus, & multo magis, qui sit magis idoneus requiritur magna solertia, & prudens iudicium, quod præsertim videtur necessarium, quando præsentatio debet esse ad beneficium, cui annexa sit cura animarum, cum in præsentato debeat esse magna peritia, scientia, discretio, & morum probitas, quæ vix discerni possunt in illa exigua ætate *arg. c. Indecorum, & c. cum sit de ætat. & qualit.* vnde, si minus idoneus, & carens qualitatibus ad hoc requisitis præsentaretur, grauiter peccaret præsentans; nec excusandus esset ex eo, quod confirmans, seu instituens debeat ex proprio munere examinare qualitates præsentati, & si non idoneum inuenerit, eundem reijcere; Non, inquam, excusandus est, quia vt notat *Hostiensis in summa §. fin.* maius est peccatum eligentis, quam confirmantis, vnde meritò tradit *Rebuffus de Regia ad prælaturam not. fac. §. 1. verb. sedes fol. 144.*, quod tam præsentans, quàm instituens, & confirmans non eximatur à culpa.

Rationes pro hac secunda sententia.

4 Debet discerni idoneitas præsentati.

Adde, quod obseruanda est forma præsentationis iuxta tenorem fundationis, si extat, vel iuxta dispositionem iuris communis, si non extat, ad quod etiam requiritur solertia, & prudentia.

5 Est obseruanda forma præsentationis.

Adde vlterius, quod, si proximus infantiæ præsentaret, sed minus aptè, subesset damnis & bonorum, & animæ; bonorum quidem, quia, si contra formam fundationis præsentauerit, priuatur pro illa vice iure præsentandi, quod tunc deuoluitur ad Episcopum; si verò indignum præsentauerit, ipse tenetur de mala administratione præsentati per ipsum, & eius bona remanent tacitè hypothecata erga Ecclesiam, prout notat *Montanus loc. cit. num. 60. per glosam pragmaticam in secundo proæmio in verb. iura, & verb. depereant;* Animæ propter peccatum in mala præsentatione.

6 Si ineptè præsentaret pupillus subesset damnis temporalibus, & spiritualibus.

Ex quibus omnibus, & alijs per ipsum adductis concludit idem *Montanus loc. cit. num. 62.* non solum honestum, sed iuridicum esse, vt præsentatio fiat per tutorem, non per ipsum proximum infantiæ ad effectum, vt pupillus liberetur à culpa, & damna, si quæ inde obuenerint, transferat in tutorem, aduersus quem haberet regressum, quinimmo etiam posset petere restitutionem, vt considerarunt *Carolus Ruinus cons. 19. nu. 18., & seqq. lib. 5., Marianus Socin. cons. 148. n. 35. lib. 1.*

Quid iam in hac controuersia concludendum?

Respondeo primo, si seruata forma fundationis, vel iuris communis proximus infantiæ præsentauerit, & superior confirmauerit, tenet præsentatio per eũdem facta. In hoc consentiunt omnes pro prima opinione allegati, & vlterius *Rocchus Curtius verbo competens q.3. n. 12., Cittadinus part. 7. q. 13.* Ratio ex eo deducitur, quia potestas præsentandi residet penes eundem pupillum, cum in ipsum transfundatur vel iure successionis, vel iure filiationis, & exercitium eiusdem potestatis solum impeditur, seu impediri potest ratione ætatis, & immaturæ deliberationis, quæ supponitur in tali ætate; sed in proximo infantiæ talis intellectus supponitur, qualis sufficiat ad præsentandum maximè, si sit directus à personis prudentia, & iudicio pollentibus, & si quid possit officere, possit per superiorem, ad quem spectat institutio, vel confirmatio, emendari, ergo &c.

7 Si seruata forma fundationis proximus infantiæ præsentauerit, & superior confirmauerit, tenet præsentatio per eundem facta.

Respondeo secundo, magis honestum, conueniens, & iuridicum foret, si à tutore fieret præsentatio *Montanus loco cit.* Ad hoc faciunt ea omnia, quæ ponderata sunt pro secunda opinione. Neq; obesse possunt ea, quæ de paritate matrimonij carnalis, seu sponsalium dicta sunt, & de spiritualitate eiusdem iuris patronatus; Non primum, quia, licet valeat argumentum à matrimonio carnali ad spirituale in aliquibus, non valet tamen quoad omnia, maximè vbi viget diuersa ratio, prout in casu, de quo hic loquimur, quandoquidem sponsalia ab impuberi contracta possunt, postquam pubes effectus est, dissolui, maximè causa interueniente, per textum *in l. 1., & 5. C. de sponsalib., & l. potestatem, & l. si puellæ ff. eod. tit.* non etenim hæc ingerunt vinculum insolubile, per textum *in c. de illis, & c. à nobis de despons. impub.*, quod non euenit in præsentatione, quæ non potest resolui adueniente pubertate ad eius libitum, sed firma remanet; Neq; dicas ex hoc sequi aduersus primam responsionem, quod impubes non posset validè præsentare; contra enim impugnaberis, quia ex eo, quod facta præsentatione

8 Magis honestũ, & iuridicum, foret si à tutore fieret prę sentatio.

Soluuntur rationes contrariæ.

con-

consurgat vinculum insolubile quantū est ex parte præsentantis, sequitur quidem, quod congruentius fiat præsentatio per tutorem pollentem maiori iudicio, & dexteritate, non autem, quod sit inualida præsentatio, si fiat sine tutore ab ipso impuberi; maximè accedente confirmatione superioris; Non secundum, nam dato etiam, quod ius patronatus sit quid spirituale, seu spirituali annexum ex dispensatione tamen Ecclesiæ intelligitur esse in bonis patroni, prout considerauit *Tiraquel in l. si vnquam verb. donatione num. 354. C. de reuor. donat.* potissimum, si bona, quibus est annexum ius patronatus, sint laicalia *Moutanus de tut., & curat. c. 5. num. 65.* Deinde sicuti non obstante, quod ius patronatus sit spirituale, & spiritualibus annexum, pupillus potest satione eiusdem præsentare, ita non est, cur etiam hoc non possit præstare tutor, cum agat negotia eiusdem pupilli.

9 Respondeo tertio. Præsentante vnum tutore, & alterum proximo infantiæ cō gruentius præsesenda est præsentatio tutoris. In hoc etiam videtur consentire *Montanus loc. cit.*, hocque videtur eisdem rationibus inniti, quibus innititur præcedens responsio; Solum obstare videtur, quod tunc non possit intelligi tutorem præsentare nomine pupilli, cum constet de contraria eius voluntate per præsentationem per ipsum in alterius persona factam; Sed ad hoc potest responderi, quod, cum intelligatur voluntas pupilli in voluntatem tutoris moraliter translata in ijs potissimum, quæ concernunt vtilitatem eiusdem pupilli, intelligatur cum voluntate tutoris interuenire illa pupilli, si non formalis, saltem debita, quod satis est ad præsens institutum.

Tutore vnū præsentante, & alterū proximo infantiæ, quinam sit præferendus.

---

§. XVIII.

An tutor datus in locum absentis perseueret eodem absente mortuo.

SVMMARIVM.

Titulus expositus in terminis particularibus. 1.
Considerabilia circa titulum. 2.
Referuntur nonnulla iura, quæ videntur inter se discrepantia. 3.
In causa absentiæ tutoris primi constituti ob causam Reipublicæ, potest alius tutor à Iudice constitui. 4.
Habenti tutorem quandoque alius tutor potest constitui. 5.
Mortuo tutore absente datus in eius locum perseuerat in tutela munere. 6.
Si datus in locum absentis, datus fuerit sub formalibus terminis tutoris, mortuo absente perseuerat, vt tutor, si datus fuerit sub terminis curatoris perseuerante pupillo in impubertate, probabile etiam potest accipi pro tutore. 7.
Mortuo tutore absente alter datus in eius locum perseuerat vsq; ad tempus pubertatis pupilli. 8.
Si datus fuerit sub terminis curatoris exclusa ratione tutoris, sententia asserens eius munus durare vsque ad 25. annum. 9.
Probabilius debet tantum perseuerare ad tempus, ad quod perseuerasset tutor, si non fuisset mortuus. 10.

Disquisitio XVIII. Datus fuerat Caio pupillo in tutorem Antonius, qui ex causa Reipublicæ diu abesse compellebatur. Pro tempore absentiæ seruatis seruandis eidem Caio alius tutor fuit cō stitutus; Sed Antonius absens viuis cessit. Hic excitata fuit controuersia, an tutor datus pro tempore absentiæ primi tutoris, hoc prædefuncto, perseuerat in munere tutelæ, an verò alius sit constituendus? 1

Exponitur titulus in suis terminis.

Circa hoc dubium plura veniunt examinanda; & primò, an propriè pro tempore absentiæ primi tutoris possit constitui tutor, an verò solummodo, & ad summum curator? Secundo, an sic secundo datus perseuerat in suo munere, si contigerit tutorem primo datum, & absentem præmori? Tertio, an, si fuerit datus simpliciter, vt curator mortuo principali, & existente pupillo adhuc in impubertate perseuerat solummodo, vt curator, an verò induat conditionem tutoris. Quarto, ad quodnam tempus perseueret in tali munere. 2

Considerationes circa eūdem titulum.

In ordine ad primum video iura inter se omnino discrepantia, nam in textu *in l. quæsitum ff. de tutelis*, supponitur, quod detur formaliter, vt tutor, Ibi *Quæsitum an ij, qui in locum absentis Reipublica causa tutores dati sunt perseuerent, an alij petendi sint*, & concluditur perseuerare. Idem habetur *in l. tutor quoq; §. nunc videamus in verb. si quis absuturus ff. de suspect. tutor.* Ibi *Si quis absuturus Reipublicæ causa desideraueri in locum suum alium constitui tutorem*, Item *in l. 1. C. in quib. caus. tut. hab.* Ex aduerso, quod solummodo possit curator constitui videtur colligi *ex §. item, qui Instit. de excus. tut.* Ibi *sed, si fuerint tutores dati, deinde Reipublicæ causa abesse ceperunt &c. & interea curator loco eorum datur*, quod idem habetus *in l. mutuo §. fin.* 3

Plura iura, quæ videntur inter se discrepantia.

fin. ff. de tutel., vbi, cum esset sermo de Patre in hostium potestate existente, dicitur, eius filijs tutorem dari non posse, sed solum curatorem substantiæ, quod idem videtur dicendum, quando tutor iam datus abest Reipublicæ causa. Quid iam in hac textuum contrarietate decidendum?

4 In causa absentiæ tutoris, ob causã Reipublicę, potest alius tutor cõstitui.

Respondeo, iuxta ea, quæ in præcedentibus diximus *sub hoc eod. tit. de tut., & curat. prænot.* 18. *vers. in casu, quo tutor scriptus*, posse in causa absentiæ tutoris primo constituti ob negotia Reipublicæ alium tutorem à Iudice constitui, quod præter allegata iura pro prima opinione euincitur etiam *ex l. in omnem rem tum l. seq. ff. de tut., & curat. dat. ab his, & l. si tutor ff. de tut., & rat. distrah.*, & congrua quidem ratione, quia absente primo tutore pupillus non solum indiget gubernio quoad res, & patrimonium propriũ, sed etiam quoad personam, quinimmo quoad hanc principalitèr, vndè eidem videtur congruè assignandus tutor; Neque obstare posse videntur ea, quæ in præcedentibus dicebantur, nempè, quod tutorem habenti non possit tutor dari, sed ad summum curator per ea, quæ habentur *in §. interdum Instit. de curat., & ibi Portius, & Franciscus Balduinus*. Non, inquam, obstare possunt, quia enuntiata regula in pluribus fallit, & præcipuè, quando primus tutor abest Reipublicæ causa, prout refert Vulpianus ex rescripto D. Pij *in l. cum quidam ff. de tut., & curat. dat. ab his*, & *Gratianus discept. for. tom. 1. c. 63. n. 12.* dicit, quod temporale impedimentum defert tutelam datiuo non legitimo, quod in specie exemplificat in impedimento ægritudinis, quæ aperit viam datiuo, per textum *in l. non solum §. fin. ff. de excusat. tut.*, *Siluester in §. vlt. in fine, Instit. de fiduciaria tut.*

5 Habenti tutorem, quandoque alius tutor dari potest.

Nec obstant iura pro contraria sententia allegata; non primum, quia in iure promiscuè accipiuntur tutor, & curator, adeoque ibi curator accipitur pro tutore. Non secundum, quia, vt benè notat *Glosa in l. quæsitum §. perseuerare ff. de tutel.*, id, quod dicitur *in d. l. muto §. fin. ff. de tut.* procedit ex speciali motiuo reuerentiæ paternæ, in cuius obsequium, quando pater est hostium captiuus, non datur tutor eius pupillis, quod non militat ratione tutoris absentis, in cuius locum àlius substituitur.

Soluuntur iura contrarię sententię.

6 Mortuo tutore absente, datus in eius locũ, perseuerat in munere tutelæ.

Respondeo secundo. Si contigerit tutorem primo datum, & absentem præmori, tutor datus in eius absentia, perseuerat in munere tutelæ. Hoc expressè colligitur ex textu *in l. quæsitum ff. de tutel.*, ibi *Paulus respondit eos, qui in locum absentis dati sunt, non reuerso eo in eadem causa perseuerare*, & quidem congruè hoc decernitur, quandoquidem, ex quo datus supponatur cum debita inquisitione, & in supplementum tutoris absentis, supponitur datus, quousque ille fuerit absens, seu non fuerit reuersus, & sicuti, si non fuisset reuersus pro toto tempore, pro quo perseuerare deberet tutela, vtique datus in eius absentiam perseuararet in munere sibi collato, ita, si non fuerit reuersus, eo quod mortuus fuerit, perseuerare debebit constitutus in eiusdem locum; Nec obstat, quod dicatur, quod, quando quis constituitur in locum alterius sine absentis, siue impediti dicatur tutor temporaneus, per textum *in l. cum quidam ff. de tut., & curat. dat. ab his*; adeoque ex vi propriæ institutionis non debeat perseuerare; Secundo, quod, cum constituatur in locum alterius, eo deficiente non possit ipse subsistere, nam deficiente principali accessorium non potest permanere. Tertio, quod datus ad aliquod munus in diem, seu limitatè non possit vltra diem, & illimitatè illud exercere. Non obstat, inquam; non primum, quia dicitur temporaneus sub ea ratione, quia debet desinere redeunte primo tutore, in cuius locum est constitutus, vnde à contrario sensu eo non redeunte non debet desinere, sicque est temporaneus ex suppositione regressus, non aliter; non secundum, quia licet regularitèr deficiente principali deficiat substitutum, seu accessorium ad ipsum, fallit tamen, quando accessorium speciali lege fulcitum est, vt in casu nostro, per textum *in d. l. quæsitum ff. de tut.*; auctoritas enim legis facit, vt accessorium per se valeat. Deindè ille, qui datur in absentiam alterius licet detur in locum eiusdem, non datur tamen accessoriè, sed principalitèr, cum detur cum plena facultate, & primus non tenetur de administratione istius, cum non administret eius nomine, sed principalitèr; non tertium, quia iuxta superius dicta, in tantum dicitur datus in diem, & limitatè, in quantum eius auctoritas debet desinere ad regressum alterius absentis, vndè eodem non redeunte firmatur eius auctoritas.

perseuerat in munere tutelæ.

Nonnulla argumenta contraria dissoluuntur.

Respondeo tertio. Si in absentiam tutoris primo dati datus fuerit alius tutor sub formalibus terminis tutoris, hic vtique mortuo primo perseuerat in eodem munere, si autem datus fuerit sub præcisis terminis curatoris, & mortuo primo tutore, ille, cui datus est perseueret adhuc in impubertate præsumendum est, quod fuerit datus vt tutor ac-

cepto

7 Datus sub terminis tutoris mortuo primo tutore absente perseuerat vt tutor, datus verò sub titulo curatoris, si pupillus adhuc sit pubes intelligi etiam debet, vt tutor.

cepto promiscuè curatore pro tutore, & sic debet perseuerare in eodem munere; quod, si elucescat, quod fuerit propriè datus, vt curator, tunc, vel erit confirmandus à Iudice in tutorem, vel alius erit constituendus. Prima pars *ex d. l. quæsitum ff. de tut.* manifestè elucet, & est formalis casus eiusdem legis. Secunda pars ex ijs deducitur, quæ supra dicebamus, quod scilicet promiscuè pro eodem accipiantur tutor, & curator, & secundum subiectum, circa quod versamur, debent intelligi, vel pro vno, vel pro altero, & sic, cum in præsenti hypothesi agatur de pupillo, qui eget potissimum tuitione in ordine ad personam, vtique debet intelligi de tutore, cum detur principalitèr personæ, & secundario rebus iuxta ea, quæ in præcedentibus dicebamus. Tertia pars ex eo etiam liquet, quod, cum pupillus adhuc remaneat in statu impubertatis, indiget tutore, qui eum dirigat in suis actionibus, ac proinde vel ille, qui solum datus erat pro rebus, erit etiam pro persona præficiendus, & sic constituetur propriè tutor, vel alius erit in tutorem loco defuncti assignandus.

8 Mortuo tutore absente alter datus in eius locum perseuerat vsque ad tempus pubertatis.

Respondeo quarto. Mortuo tutore absente alter, qui datus est in eius absentiam, perseuerat vsque ad tempus pubertatis. Hoc expresse colligitur *ex d. l. quæsitum ff. de tutel.* Ibi *In eadem causa perseuerare vsque ad tempus pubertatis*, quod idem habetur *in l. potuit quidem C. in quib. caus. tut. habe.* Ibi *tamen periculo administrationis vltra pubertatis tempora non adstringeret.*

9 Si datus fuerit sub ratione curatoris exclusa ratione tutoris sententia asserens eius munus durare vsq; ad 25. annū.

Sed quid sentiendum erit, si datus fuerit sub formalibus, & præcisis terminis curatoris, adeo vt appareat, nō vt tutorem, sed vt curatorem præcisè datum esse, an tunc munus eius finem accipiet immediate post pubertatem acquisitam, an verò protrahetur pro toto tempore minoritatis? Videtur ex generali regula secundum dispositionem iuris communis protrahendum eius munus ad 25. annum ætatis minoris, cum regulariter nonnisi pro illo tempore cura finiatur *Baldinus in §. 1. Instit. de curatorib. in verb. completum, & in tit. Quibus mod. tut. fin. in verb. completum l. 3. § minorem autem ff. de minor.* Ex aduerso expresse militare videtur textus *in d. l. potuit quidem C. in quib. caus. tut. habent.*, vbi in titulo sic legitur. *Curator datus in locum tutoris eatenus durat, quatenus duraret tutor*, quod clarius explicans *Glosa ibidem* asserit, *non tamen vltra tempora pubertatis, licet curator detur, non tutor*, quæ vltima verba excludunt illam explicationem, qua dicebamus, quandoque promiscuè sumi curatorem pro tutore, vel è contra. Videtur solum aliquid difficultatis ingerere, quod textus *in hac l. potuit quidem C. in quib. caus. tutor. habent.* videatur solummodo procedere in casu, quo plures adessent tutores, & alter eorū deficeret, vel excusaretur, vel quoquo modo remoueretur, & in locum eiusdem esset suffectus curator; in quo casu certè congruè dicitur, quod eius officium durare debeat dumtaxat ad mensuram durationis tutorum, ne plus grauetur, seu oneretur is, qui adijcitur, ac illi, quibus adijcitur; casus autem, de quo hic loquimur, solum procedit, quando in locum absentis esset datus curator sub stricta, & limitata ratione curatoris, cuius propterea officium non limitatur, seu limitandum non est ad mensuram officij tutoris, sed extendendum ad latitudinem propriam curatoris. Sed his non obstantibus sistendum arbitror in opinione asserente eius munus, & officium restringi ad tempus, pro quo perseuerare debuisset tutor, in cuius locum ob absentiam datus est, si superstes fuisset, & in hoc habere locum etiam arbitror textum *in d. l. potuit quidem*, non obstante, quod textus videatur solummodo loqui in casu, quo plures adessēt tutores, & in locum vnius impediti vel excusati, vel remoti datus esset curator; quandoquidem eadem etiam ratio videtur militare, quando vnus dumtaxat esset tutor, & in eius locum propter absentiam datus esset curator; non enim potest denegari, quin hic sit datus in locum illius, nam, si ille non fuisset absens, hic datus non fuisset, ac propterea eius officium non videtur extendendum vltra tempus, an quod perseueraret tutor, si mortuus non fuisset.

10 Probabilius debet tantum perseuerare ad tempus, quo perseuerasset tutor absens mortuus.

---

§. XIX.

An tutela nulliter data præstet exclusionem legitimi.

SVMMARIVM.

Sensus disquisitionis expositus. 1.
Variæ considerationes circa titulum, 2.
Si Index sciens adesse tutorem legitimum intra tempus, quo hic poterat assumere, vel petere alium tutorem, alium tutorem dederit, huius datio non tenet. 3.
Nec item tenet datus ab ipso ignorante adesse legitimum, si debitam diligentiam super illius existentia omiserit. 4.
Si Index dederit tutorem filijs impuberibus sciente tutore legitimo, & non contradicente,

teute, probabiliter tenet talis datio. 5.

Si Iudex dederit pupillis tutorem existente tutore legitimo, & ignorante talis datio non tenet. 6.

Tutor datus à Iudiee pro tempore, quo dari non poterat, si legitimus appareat, & petat tutelam, non tenet. 7.

Nec tenetur pro gestis pro illo tempore actione tutelæ, sed tantum negotiorum gestorum. 8.

Gesta per ipsum pro illo tempore tenent in damnum ipsius, non pupilli. 9.

Si tutor datus sciente legitimo, & non contradicente intra tempora ei præfinita ad assumendum, vel petendum alium tutorem, gesserit, & eius gesta tenent, & ipse tenetur pro illis actione tutelæ. 10.

1 Sensus disquisitionis expositus.

DIsquisitio XIX. Certum est iuxta superius dicta non esse locum tutori datiuo, donec extat aliquis legitimus, vel testamentarius. Contigit, vt defuncto Patre filijs impuberibus per Iudicem datus fuerit tutor vel non apparente legitimo, vel eodem neglecto, vel ignoraote. Quæsitum fuit, an talis datio teneret?

2 Variæ cõsiderationes circa titulum.

Hæc difficultas sic vniuersaliter proposita secundum diuersas inspectiones potest habere diuersas rationes decidendi; quamobrem singulas attingo; & primo inspiciendum est, an Iudex in tali datione nouerit adesse legitimum, an ignorauerit? Secundo ex suppositione, quod nouerit adesse legitimum, an etiam nouerit eundem legitimum neglexisse assumere tutelam, & curare de prouisione tutoris, an boc non nouerit? Tertio, an legitimus nouerit alterum petere se dari tutorem, an verò ignorauerit? Quarto, an, si Iudex tutorem dederit vel ignorans, vel sciens adesse tutorem legitimũ, & postea legitimus petierit tutelam, pro tempore ante petitionem legitimi verè fuerit tutor, & gesta per ipsum teneant, an verò non fuerit tutor, & eius gesta sint nulla?

3 Si Iudex sciens adesse legitimum non expectato tempore, vt hic susciperet, vel alium peteret, dederit aliũ tutorem, hic non tenet.

Respondeo primo. Si Iudex sciens adesse tutorem legitimum alium constituerit filijs impuberibus intra tempus, intra quod, vel legitimus poterat tutelam assumere, vel curare, vt alius tutor daretur, talis datio non valeret. *Angelus in auth. matri, & auia col. 1. in glos. in verb. ergo, si sibi in fin. C. quando mul. tut. offic.*, *Alexander conf. 161. col. 2. ad med. vers. & plus etiam requiritur num. 6., & col. fin. n. 9. vers. & secundum etiam lib. 5.*, *Gratianus discept. for. tom. 1. c. 63. num. 5.*; & ratio in promptu est, quia, vbicunque existit legitimus, nec est excusatus, nec declaratus, vt non idoneus, ex generali regula non potest esse locus datiuo, ergo talis datio per Iudicem erit simpliciter nulla; per actum autem nullum non desinit res esse integra, &, cum non valuerit tutela, illa datio nihil operatur quoad exclusionem legitimi *Alexander d. conf. 161. super primo dub. num. 8. col. 2. in fine vers. ex prædictis remanet*, vnde legitimus poterit velle admitti ad tutelam, & excludere datum à Iudice.

Respondeo secundo. Si Iudex ignorans adesse legitimum tutorem alium dederit nulla adhibita diligentia, nec inquisitione super existentia eiusdem legitimi, probabilius non tenet talis datio, si facta fuerit intra tempora, pro quibus legitimus poterat assumere, vel petere alium tutorem constitui. In hanc etiam responsionem arbitror consentire omnes DD. allegatos pro prima responsione, & præcipuè *Gratianum loc. cit. num. 5.*, dum asserit, quod ad hoc, vt valida sit Iudicis datio, requiratur, quod liqueat Iudici, quando procedit ad constituendum tutorem datiuum, quod legitimus tutor fuerit negligens in assumendo tutelam, vel faciendo prouideri de tutore; quando autem, nec diligentiam, nec inquisitionem habuit super existentia legitimi, & adhuc est intra tempora, in quibus legitimus potest assumere, vel petere alium tutorem constitui, non potest dici, quod eidem Iudici liqueat legitimum fuisse negligentem &c. ergo &c. Ratio responsionis in vniuersum ea est, quia ignorantia, quæ procedit ex neglectu eorum, quæ necessariò inquirenda sunt, computatur pro scientia per textum *in c. cum in cunctis, & c. innotuit circa fin. extra de elect. c. quamuis de reg. iur.*, nam scire, & scire debere sunt paria *Carpz. 6 resp. 10. nu. 17.* Accedit, quod, vbi lex præscribit ad validitatem actus aliquam conditionem ad effectum, vt actus valeat, requiritur indagatio illius conditionis, antequam actus fiat; cum igitur ex dispositione iuris habeatur, quod non constituatur tutor datiuus, vbi est legitimus, vel nisi legitimus legitimè se excusauerit, vel nisi intra tempora a iure præfinita fuerit negligens in assumenda tutela, vel in petendo alium tutorem constitui, neglecta coguitione de existentia legitimi, vel de eius excusatione, vel negligentia in assumendo, vel petendo, actus dationis non potest sanari.

4 Nec item tenet datus ab ipso ignorante adesse tutorem legitimum, si debitã diligentiam super illius existentia omiserit.

Rationes pro hac responsione.

Respondeo tertio. Si per Iudicem datus fuerit tutor filijs impuberibus existente tutore legitimo sciente per eundem Iudicem eidem talem tutorem constitui, tacente, & non contradicente probabiliter talis datio tenet. *Gratianus discept. for. tom. 1. c. 63. num. 4.*, quod pro-

5 Si Iudex dederit tutorem filijs impuberibus sciente tutore legitimo, & non contradicente, probabiliter tenet talis datio.

bat per textum *in l. si sine C. ad Velleian. & l. 1. C. de iur. dom. impet.* eo quia patientia, & scientia scienti, & tacenti nocet, & sciens æquiparatur eum renuntiante, & remittente res suas, & actiones per textum *in l. 14. §. si venditor 9. ff. de act. empt.* à quibus regressus non datur *l. 14. §. si venditor 9. ff. de ædil. edict., Gailus 2. obseru. 29. num. 10.*

6 Si dederit existente tutore legitimo, & ignorante talis datio non tenet.

Respondeo quarto. Si Iudex tutorem dederit pupillis existente tutore legitimo, & ignorante talem dationem datio ipsa non tenet *Gratianus loc. cit.*, & ratio est, quia tunc datus est tutor, quando dari non poterat, nec ignorantia tutoris legitimi potest eidem præiudicare per textum *in l. genero ff. de his, qui not. infam. & l. fin. ff. de transact.*, & ignorantem iure suo priuari iniquum est *arg. l. fin. iuncta Glos. ff. de decret. ab ord. facien. & l. si quis absentis 5. in princip. ff. de oblig. & act. l. genero 8. ff. de his, qui not. infam. c. 2. de constit., Decianus cons. 23. num. 44. vol. 1.*

7 Dato tutore per Iudicem pro tempore, quo dari non poterat, & postea apparente legitimo, & petente tutelam, tutelæ datio ab initio non tenet.

Respondeo quinto. Dato tutore per Iudicem, siue scientem, siue ignorantem adesse legitimum pro tempore, quo dari non poterat, & postea apparente legitimo, & petente tutelam, tutelæ datio ab initio non tenet, & tutor sic datus, si administrauerit, ante comparitionem legitimi, non tenetur actione tutelæ, sed dumtaxat actione negotiorum gestorum *Montanus de tut. & curat. c. 34. reg. 1. & 2., Ludouisius decis. 530., Rota Romana part. 6. diuers. decis. 3. nu. 2. 11. & 12., Marcus Antonius Sabellius in suis resol. c. 98. num. 5.* Ratio videtur manifesta, quia actio tutelæ consurgit ex contractu eiusdem; vbi autem contractus non est, vel est nullus,

8 Nec tenetur pro gestis actione tutelæ.

nec potest ex eiusdem nomine actio consurgere; cum autem tunc administrauerit, non est, cur actione negotiorũ gestorum, quæ ex administratione consurgit, non teneatur.

Sed, an gesta per ipsum pro illo tempore præcedente comparitionem tutoris legitimi teneant? Dicendum est, tenere in

9 Gesta per ipsum pro tali tempore tenent in ipsius damnum, non pupilli.

damnum ipsius, non pupilli, cui non potest in aliquo præiudicare; sicque ipse tenetur secum contrahenti, & decepto ad omnia damna, sicuti etiam versus pupillum læsum *per tot. tit. ff. quod fals. tut., Rota Romana part. 6. diuers. decis. 3. num. 2. 11., & 12., Balthassar Thomasius tract. de tut. & curat. tit. 27. c. 1. per totum, Paulus Christinus decis. 158. vol. 3., Merlinus decis. 500.*, vbi etiam, quod potest conueniri ad reddendam rationem, ac si ritè, & rectè administrasset, ne sit melioris conditionis, qui de facto, quam qui legitimè administrat *Rota Romana part. 11. recent. decis. 377. num. 54.* vbi, quod qui se gessit pro tutore, teneatur pupillo de gestis, & neglectis.

Respondeo sexto. Dato tutore per Iudicem sciente legitimo talem dationem, 10

10 Si tutor datus sciente legitimo, & non contradicente intra tempora ei præfinita ad assumendum, vel petendũ alium tutorem gesserit, eius gesta tenent.

nec contradicente intra tempora eidem præfinita ad assumendum, vel petendum alium tutorem dari pupillis, tutor datus tenet, & eius gesta etiam in tempore, pro quo legitimus poterat contradicere, conualidantur, & ex eisdem etiam oritur actio tutelæ. Hoc videtur deduci paritate eorum, quæ dicta sunt *in præcedenti §. 2. vers. respondeo iuxta primum sensum in fin.* vbi iuxta textum *in l. cum Pater ff. de neg. gest.* probatum est, quod, si Pater dederit testamento postumo tutorem, qui administrauerit, non teneatur hic actione tutelæ, si posthumus non nascatur, sed tantum actione negotiorum gestorum, si verò nascatur, tunc teneatur actione tutelæ etiam pro gestis ante natiuitatem; ex quibus etiam deduci potest, quod etiam tutor datus per Iudicem, si administret pro tempore, pro quo extat legitimus, & potest reclamare, & contradicere, licet pro illo tempore non teneatur actione tutelæ, si legitimus congruè contradixerit, & illum repelli fecerit à tutela, teneatur tamen eadem actione tutelæ etiam pro illo tempore, si idem legitimus intra tempus congruum non contradixerit, quia tunc elapso præfinito tempore ad contradicendum tutor a Iudice datus firmatur in suo munere, & sic, ne ex eodem munere multiplicentur, & diuersificentur actiones, vna & eadem actio tutelæ pro omni tempore conceditur.

---

§. XX.

An impedito tutore legitimo admittendus sit proximior in gradu, an verò detur locus datiuo.

SVMMARIVM.

Exponitur status tituli in suis terminis. 1.
Impedimentum vel potest esse perpetuum, vel temporaneum. 2.
Sententia asserens simpliciter aperiri viam alteri proximiori in gradu. 3.
Si impedimentum fuerit perpetuum aperitur via proximiori in gradu. 4.
Si impedimentum sit temporaneum, aperitur via datiuo. 5.
Temporale impedimentum non defert tutelam legitimo. 6.

DIsquisitio XX. Mortuo Patre, nec constituto testamentario tutore

pro-

proximior in gradu eiusdem defuncti pupillorum tutelam susceepit. Ortum inde fuit impedimentum, vel iuris, quo idem proximior non posset eandem tutelam administrare, vel impotentiæ, vel absentiæ, vel alterius similis rationis. Excitata hic fuit controuersia; an in casu talis impedimenti eidem in tutela deberet succedere alius sequens in gradu, an verò aperiretur locus datiuo?

1 Factum expositũ in particulaei.

2 Impedimentum, vel potest esse perpetuum, vel temporaneum.

Hic considerandum venit pro resolutione, an illud impedimentum sit perpetuum, adeout præsumatur inamouibile humana arte, vel temporaneum, quatenus de facili posset amoueri durante impubertate eorundem pupillorum.

3 Sentiẽtes aperiri viam alteri in gradu proximiori.

Videtur prima fronte dicendum, non esse locum datiuo in hac hypothesi, sed aperiri viam alteri legitimo sequenti in gradu; sicut enim proximiore repudiante admittitur sequens in gradu per textum *in l.3. ff.de acq.hæred.& l.quandiu 3.ff. eod.tit.*, *Becc. cons.26.num.1.*; ita primo excusato ratione impedimenti in tutela admittendus erit, qui proximè sequitur *Bartolus in auth.Matri, & Auiæ in vlt.verb. vers.si enim l. C.quando mul.tut.offic. fun. pot. & in auth. Sacramentum num.2. in fine vers. ratio quia ista C.eod.tit.*, *Surdus decis. 106.num.6. & cons.159.num.4.* His tamen minimè obstantibus.

4 Si impedimentum fuerit perpetuum aperitur via legitimo proximiori in gradu.

Respondeo, quod, si impedimentum primi tutoris legitimi fuerit perpetuum, & inamouibile, antequam pupillus efficiatur pubes, aperiatur locus alteri legitimo in gradu sequenti. In hoc sensu præcisè arbitror locatum *Bartolum in d. auth. Matri, & Auiæ in vlt. verb. vers. si enim legitimus C.quand.mul.tut.offic.fung. pot.*, *Surdum d.decis.106.num.6. & d.cons. 159.nu.4.*, & in his terminis expressè loquitur. *Stephanus Gratianus discept. for. tom.1.c.63.num.9. & 13.* Ratio autem ex eo deducitur, quia deficiente simplicitèr vel per mortem, vel per legitimam renuntiationem primo tutore legitimo alius succedens in gradu est simplicitèr admittendus, ergo non est locus datiuo; sed, quando primus tutor legitimus habet impedimentum perpetuum, & inamouibile, intelligitur quoad munus tutelæ simplicitèr defecisse; qui enim non est aptus simplicitèr ad aliquod munus perindè est, ac si non sit in ordine ad illud, ergo &c.; atque ad hoc faciunt ea quæ fuerunt allegata *ex d.l.3.ff.de acq. hæred. & l.quandiu ff.eod.tit.*, hocq; etiam firmat *Montanus de tut. & curat. num.13. & 14. per totum.*

5 Si impedimentum sit temporaneum aperitur via datiuo.

Respondeo secundo. Si impedimentum primi tutoris fuerit dumtaxat temporaneum, & amouibile, antequam pupillus efficiatur pubes, non est locus alteri legitimo in gradu sequenti, sed datiuo. In hoc consentiunt *Gratianus discept.for.d.c.63.num.9. & 13.*, *Montanus d.c.13. & 14.* vbi asserit hoc esse de consuetudine Galliarum, hocque esse conforme statutis Florentiæ *c.16. & 21.* testatur *Marcus Antonius Sabellius in summa diuers.tract.in verb.tutela num.9.vers.quod tutori datiuo*, hocq; idem videtur sentire *Salicetus in auth sicut nu.2. C.de legit.tut.*, *Baldus in l.non solum §.si libertus in fin.ff.de excus.tut.& l.1.in fin.C.de testament.tut.* Ratio ex eo deducitur, quia non est locus alteri legitimo sequenti in gradu, quoties adest primus, vel adest spes primi; sed quando est in primo solum impedimentum temporale primus non est simplicitèr exclusus, & adhuc viget spes eiusdem, quod confirmatur ex eo, quod notat *Siluester in §.vlt. in fin. Instit. de fiduc. tut.* vbi, quod, si tutor legitimus, cui iure successionis defertur, seu deferenda est tutela, fuerit minor, ita vt fiat maior, antequam pupillus deueniat ad pubertatem, tunc tutela non alteri legitimo in gradu succedenti sit deferenda, sed datiuo; vnde regulare est, quod temporale impedimentum non defeet tutelam legitimo, sed datiuo *l.non solum §.fin.ff.de excus.tut.*, *Baldus in d.l.non solum §.si libertus in fin.ff.de excus.tut.* Ex quibus omnibus deduci potest, quod dissoluto illo impedimento in primo tutore cesset datiuus, & immediatè ille primus, qui erat impeditus, reassumat tutelam. *Bartolus in auth.minoris num.17. C.qui tut.dari possint, & in l.si impuberi in fin. vers.vltimo nota ff.de tut. & curat.dat. ab his.*

6 Temporale impedimentum non defert tutelam legitimo.

§. XXI.

An ad hoc, vt possit dari tutor datiuus, sufficiat, quod fuerint citati proximiores in gradu, & isti recusauerint.

S V M M A R I V M.

Exponitur titulus in suis terminis. 1.
Sententia asserens, sufficere, si fuerint citati proximiores in gradu. 2.
Citatis proximioribus, eisque recusantibus citandi sunt sequentes in gradu. 3.
Soluuntur rationes primæ sententiæ. 4.

DIsquisitio XXI. Mortuo parente, nec constituto tutore testamentario, ne pupilli sine patrocinio, & defensione manerent, fuerunt citati proxi-

miores in gradu, qui primum locum successionis habebant in ordine ad eosdem pupillos, qui non curauerunt tutelam assumere, nec alios dari petierunt. Iudex nullo alio habito respectu, nec citatis succedentibus in gradu immediatè deuenit ad dationem tutoris extranei. Quæsitum hic fuit, an talis datio subsisteret?

1 Status disquisitionis expositus.

2 Sententia asserens, sufficere, si fuerint citati proximiores in gradu

Natta *cons. 334. num. 1.* sentit absolutè talem dationem tenere, dum voluit sufficere, si proximiores citentur, quibus non curantibus assumere, liberum sit Iudici quemcunque habita prius inquisitione deligere ad illud munus.

Respondeo tamen citatis proximioribus in gradu, & successione, hisque non curantibus tutelam assumere citandos esse alios in gradu sequentes, neque esse locum datiuo, nisi omnibus legitimis citatis, & recusantibus, seu non curantibus. Consentit *Bartolus in l. 1. C. de legit. tut.*, *Gratianus discept. for. c. 63. num. 8.* Ratio in primis ex eo deducitur, quod tutela legitima defertur ad instar hæreditatis ab intestato *Omotimus, & alij interpretes Instit. de legit. Agnat. tutel.*, *Gutierez de tut. part. 1. c. 12.*, *Gaiganetus eod. tract. lib. 1. tit. 4.*; quoad successionem autem exclusis proximioribus in gradu, admittuntur alij succedentes, ergo hoc idem dicendum erit in ordine ad tutelam, & propterea non curantibus proximioribus in gradu assumere erunt citandi succedentes, nec aliter poterit per Iudicem dari tutor.

3 Citatis proximioribus eisque recusantibus citãdi sunt sequentes in gradu.

Ad hoc plurimum conferre possunt ea, quæ dicta sunt *sub hoc eod. tit. de tut., & curat. prænot. 13. sub assert. 2. sub vers. octauo contingit dubitari in secunda dubitatione ibi excitata in verb. in ordine ad secundam*, vbi, cum dictum fuerit teneri matrem, & alios propinquiores in gradu intra annum pupillis tutorem petere, dictum est etiam, quod annus præfinitus matri non currat alijs propinquioribus, sed elapso anno matri præsignato alius annus eisdem proximioribus incipiat, prout expresse notat *Glosa in l. Nepotibus, & ibi Bartolus, & Baldus C. qui pet. tut.*, *Glosa in l. 2. in glos. vlt. in fin., & ibi Bartolus col. vlt. ff. eod. tit., & in l. sciant in verb. denegandum C. de legit. tut.*, Conclusio igitur ex hoc manifestè deducitur, quod post matrem aperiatur locus proximioribus in gradu, & post hos alijs in gradu succedentibus, & propterea, cum agatur de eorum iure, saltem successiuè omnes erunt citandi, nec erit locus datiuo, nisi postquam isti fuerint citati, & cessarint, vel fuerint inhabiles iudicati; vndè firmatur regula, quod deficientibus proximioribus in gradu aperiatur via alijs in gradu sequentibus, *Gratianus discept. for. tom. 1. d. c. 63.*, vbi, quod proximiore recusante admittitur sequens in gradu *l. 3. ff. de acquir. hæred.*, & eodem excusato admittitur, qui proximè sequitur *Bartolus in auth. matri, & auia in vlt. verb. vers. si enim legitimus C. quando mul. tut. offic. fung. pot.*

Nonnullæ rationes pro nostra responsione.

Ex quibus directè corruunt ea, quæ consuluit *Natta d. cons. 334. num. 1.*, quod citatis proximioribus in gradu, eisq; non curantibus tutelam assumere, immediatè aperiatur via tutori per Iudicem constituendo; Corruunt, inquam, quia omnibus iuribus reclamantibus non est locus datiuo, nisi cessantibus testamentarijs, vel legitimis; non possunt autem dici cessare legitimi per solam cessationem proximiorum in gradu extantibus alijs habentibus ius saltem successiuum ad successionem, qui propterea sunt citandi, & audiendi, vndè, si alij contra eorũ ius admitterentur, eorum admissio nihil operaretur ad exclusionem ipsorum *Alexander cons. 161. super primo dubio num. 8. col. 2. in fin. vers. ex prædictis remanet lib. 5.*

4 Soluũtur rationes cõtrariæ.

Verum tamen est, quod, si succedentes in gradu habuerint temporale impedimentum, vel ætatis, quatenus fuerint minores, vel iuris, quatenus essent debitores pupillorum, tunc interim posset per Iudicem dari tutor, qui tamen cessabit cessante impedimento legitimi *Bartolus in auth. minoris nu. 17. C. qui tut. dar. poss., & ibi Saliceeus in fin. q. 24. idem Bartolus in l. si impuberi in fin. vers. vltimo nota ff. de tut., & curat. dat. ab his.*

---

§. XXII.

An tutor datus in testamento minus solemni, & a Iudice confirmatus, præferatur legitimo, & datiuo.

SVMMARIVM.

Titulus expositus in terminis particularibus. 1.

Sententia asserens legitimum ipsi esse præferendum. 2.

Præferendus est hic tutor cuicumque legitimo, & datiuo. 3.

Soluuntur argumenta contraria sententia. 4.

Si antequã tutor in testamento minus solemni datus confirmetur, detur alius à Iudice, hic non tenet. 5.

Tutor in testamento minus solemni datus, antequam

tequam confirmetur, non tenetur de tutela. 6.

1 Facti series exposita.

DIsquisitio XXII. **Diximus in præcedentibus, quod, si per testatorem datus fuerit à patre filijs impuberibus tutor in testamento minus solemni, talis** tutor indigeat confirmatione, quod præcipuè probauimus per textum *in l. Pater §. cum à Patre, & l. iure nostro §. fin. l. si pater ff. de testam. tutel., & l. qui à Patre ff. de confir. tut.* Modo supponimus, quod tutor sic datus in testamento minus solemni fuerit à Iudice confirmatus, & inquirimus, an hic sit præferendus legitimo, & datiuo?

Ratio dubitandi ex eo videtur consurgere, quod, cum iste tutor non subsistat, nisi confirmetur à Iudice, videtur totam

2 Sententia asserens legitimũ ipsi esse præferẽdum.

vim ab auctoritate eiusdem Iudicis sortiri, sicque potius datiuum, quam testamentarium esse dicendum; in concursu autem datiui cum legitimo legitimus est præferendus; & in specie potius esse datiuum probat *Glosa in l. 2. vers. solet, Ibi sed dic datiuum C. de confirm. tut., & in l. qui negotiationem §. testamento verb. tutelam ff. de administ. tut., & in §. sin vero confirmandum Instit. de tut.*, & hanc opinionem sequuntur *Ioannes Faber in d. §. fin., Dominicus in c. si Apostolicæ num. 7. vers. quæ sit ratio de præd. lib. 6.* His tamen minimè obstantibus.

Sentiendum est, præferendũ esse hunc tutorem in testamento minus solemni

3 Preferendus est cuicunque legitimo, & datiuo.

constitutum, & à Iudice confirmatum cuicunque legitimo, & datiuo *Bartolus in l. 1. n. 6. ff. de confirm. tut., & ibi Cumanus n. 4. idem Bartolus in l. 1. C. eod. tit., & ibi Baldus col. 2., & Salicetus num. 3., Silvester in §. fin. num. 31., Instit. de tut., Ripa in l. 1. n. 19. ff. si cert. pet., Alexander conf. 140. num. 4. vol. 1.*, qui etiam asserit ab hac sententia non esse in iudicando recedendum *Antonius Piaggius de tut., & curat. q. 9 n. 7., & q. 17. n. 3., & seqq., Caldas Pereira in repet. l. si curatorem habens in textu, vbi sine curatore cõstitutus n. 116. C. de in integ. restit. min. in 2. part. tract. de restit.*

Rationes pro hac responsione.

Ratio autem ea est, quia, vbi constat de expressa voluntate patris circa determinatam personam, vt sit tutor pupillorum, ea voluntas præferenda est, cum non supponatur maior, & tutior electio, quã illa, quæ procedit ab amore paterno, quo maior excogitari non potest, & licet testamentum, quo talis tutor est constitutus, deficiat in solemnitatibus, vel alijs requisitis, hoc præstat, vt indigeat confirmatione ad supplendum defectum solemnitatum, non autem, quod voluntas testatoris non sit adimplenda, & præferenda.

Neque obstant ea, quæ ex aduerso dicebantur, quod scilicet, cum ille tutor vim habeat à confirmatione Iudicis, sit potius dicendus datiuus, quam testamẽ-

4 Soluuntur argumenta contrariæ sententiæ.

tarius, adeoque non sit præferendus legitimo; Non obstant, inquam, quia licet indigeat confirmatione Iudicis, non propterea est dicendus datiuus, sicuti legitimi non desinunt esse tales ex eo, quod à Iudice confirmentur, quia actus, qui non est ex libera voluntate confirmantis, vt quia confirmans non possit tollere illum actum, sed necesse habeat ipsum confirmare, non adscribitur confirmanti, sed primo datori per ea, quæ notat *Bartolus in l. more n. 5. de iurisd. omnium Iud.*, & ideo tanquam testamentarius præfertur legitimis tutoribus iuxta communem sententiam in praxi tenendam, de qua latè *Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 2. n. 25.*

Hic tamen nequeo acquiescere *eidem Gutierez loc. cit. n. 26.*, dum dicit, quod, si

5 Si antequam tutor in testamento minus solemni datus confirmetur, detur alius à Iudice, hic non tenet.

antequam tutor in testamento minus solemni datus per Iudicem confirmetur, detur alius à Iudice, hic vtique nequeat reuocari per textum expressum *in l. 3. C. de confirm. tut., & ibi Glosa, & DD.* addita etiam ratione, quod, quando actus natus est ab initio secundum legum dispositionem non possit per alium euentum reuocari; Non, inquam, possum acquiescere, quia, cum Iudex teneatur tutorem à Patre licet in testamento minus solemni datum confirmare, per textum *in l. si furioso puberi ff. de curat. fur.*, & in fortioribus terminis *in l. qui à Patre ff. de confir. tut.*, non potest Iudex, nisi legitima causa interueniente alium dare, & si dederit, non potest hic dici ab initio secundum leges datus, adeoque non est, cur dicatur subsistere aduersus tutorem à Patre in testamento datum, hoc est, cum exclusione eiusdem; Nec obstat textus *in d. l. 3. C. de confir. tut.*, quia ille intelligendus est dumtaxat procedere, quando interueniente legitima causa Iudex alium constituerit, vt potest, quia nominatum à Patre in testamento minus solemni non habilem ad huiusmodi munus agnouerit, nam, cum tunc magis vtilitas pupillorum attendenda sit, quam voluntas testatorum, valida talis datio facta per Iudicem supponitur.

6 Tutor in testamento minus solemni datus antequam confirmetur, non tenetur de tutela.

Quamuis autem tutor à Patre in testamento minus solemni datus dicatur, & dicendus sit testamentarius potius, quam datiuus, hoc tamen habet discrimen cum tutore in testamento solemni dato, quod tutor in solemni testamẽto datus, statim, quod scit, si cessat administrare, suo pe-

riculo

riculo cessat; si autem indigeat Iudicis confirmatione; antequam sit confirmatus, nullum periculum subit, nec ipse tenetur confirmationem petere, *Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. tutela n. 4.*

---

§. XXIII.

An, stante statuto præferente quoad ius successionis agnatos cognatis, etiam agnati sint in tutela præferendi.

S V M M A R I V M.

Sensus disquisitionis exponitur. 1.

Sententia asserens non obstante tali statuto quoad tutelam, agnatos non esse præferendos cognatis. 2.

Correctio iuris non inducitur per tacitos intellectus. 3.

Ius tutelæ non regulatur ad normam successionis. 4.

Secundum ius antiquum tutela deferebatur agnatis exclusis cognatis. 5.

Stante huiusmodi statuto probabilius sunt præferendi agnati in tutela. 6.

In hoc est potius comprehensio casus, quam extensio. 7.

Est speciale in Matre, & Auia, quod, quamuis excludantur à successione, non excludantur à tutela. 8.

DIsquisitio XXIII. Ex dictis in præcedentibus deficiente tutore testamentario, & nolente matre, seu auia suscipere tutelam pupillorum succedunt in eadem tutela ex dispositione noua authentica cum proximiores in gradu ad successionem eorundem pupillorum exclusa differentia agnationis, & cognationis, tam quoad successionem, quam quoad tutelam, per textum *in auth. de hæred. ab intest. venient. §. ex his, & in auth. sicuti C. de legit. tut., Glosa in l. 1. vers. prouidentur, & ibi Bartolus in princip. ff. de legit. tut., Hondedeus cons. 88. num. 1.* Modo supponimus, quod alicubi extet statutum præferens quoad successionem agnatos cognatis, & quærimus, an etiam stante tali statuto agnati sint præferendi cognatis quoad tutelam? Memini me de hac difficultate nonnulla alibi attigisse; Nihilominus ad pleniorem notitiam placet adhuc examinare.

1 Exponitur in quo sensu seruãdus sit titulus.

Videtur absolutè dicendum quoad tutelam, non obstante tali statuto agnatos non esse præferendos; quia statutum solum derogat dispositioni iuris communis in ijs, de quibus expresse disponit, nam statuta secundum ius commune interpretanda sunt, vt illud, quam minus fieri possit, lædant *Gratianus discept. for. c. 546. n. 13., & c. 651. n. 21.*, vbi, quod correctio iuris communis non inducitur per tacitos intellectus, sed debet esse vel expressa, vel resultare ex incompatibilitate, idem *Gratianus cap. 685. nu. 6., & c. 913. n. 18. c. 976. n. 6., Paulus Christin. decis. Belg. 113. n. 20., & seqq. vol. 1.*; statutum autem in casu nostro derogat solummodo *d. §. ex his in auth. de hæred. ab intest. venient., & auth. sicut. C. de legit. tut.* in fauorem agnatorum quoad successionem, non autem quoad tutelam, ergo non debet fieri extensio quoad hanc.

2 Sententia asserens, non obstante tali statuto agnatos in tutela, non esse præferendos cognatis.

3 Correctio iuris non inducitur per tacitos intellectus.

Accedit primo, quod non est regulandum ius tutelæ ad normam successionis; nam, si extaret statutum excludens matrem a successione filiorum, non tamen excluderet à tutela eorundem *Corneus cons. 101. videtur prima facie per totum præcipuè nu. 4., & 8. vers., & hanc partem lib. 3., Decius cons. 16. n. 2., Antonius Piaggius de tut., & cur. q. 9. sub n. 4. vers. limita hæc, Ioannes Andreas in addit. ad Specul. tit. de curat. §. cum autem, Berous cons. 164. n. 8., Caualcanus de tut., & curat. num. 123.*, quod signum euidens est, quod ius ad successionem pupillorum indiuisibilitèr non coniungatur cum iure ad tutelam eorundem, & per consequens quod statutum restringens ius successionis ad agnatos cum prælatione respectu cognatorum, non restringat ad eandem ius etiam tutelæ, cum ius statutarium sit strictè interpretandum, & correctoria, cuiusmodi est tale ius, non recipiant interpretationem, sed sint intelligenda, vt iacent, & illorum verbis est inhærendum *Magonius decis. Lucen. 6. num. 31., Altogradus cons. 58. nu. 34., & seqq., & n. 100. lib. 1.*

4 Ius tutelæ non regulatur ad normam successionis.

Accedit secundo, quod secundum dispositionem antiquam iuris digestorũ tutela deferebatur agnatis exclusis cognatis, per textum *in l. 1. ff. de legit. tut., Baldus in l. 1. in princip. C. de legit. tut.* ex quo sequitur, quod disiungatur ius successionis a iure tutelæ, & è contra, & per consequens, quod statutum loquens de vno non trahatur ad aliud. Nihilominus.

5 Secundũ ius antiquum tutela deferebatur agnatis exclusis cognatis.

Sentiendum est, quod stante huiusmodi statuto præferente agnatos cognatis in successione, intelligantur tacite ijdem agnati præferri in iure tutelæ. *Ancharanus in r. 1. vers. quod, si lex prouidit de constit., Bartolus in l. 1. in princip. ff. de legit. tut., Decius in l. fœminæ nu. 18., & in l. qui tutela ff. de reg. iur., Durandus de art. testand.*

6 Stante huiusmodi statuto probabilius sunt præferẽdi agnati, etiã quoad tutelã.

ſtand. tit. de tut., & curat. cant. 1., Canalcanus de tut., & eurat. nu. 137. Ratio ex eo deducitur primo, quia ſtante ſtatuto præferente agnatos cognatis quoad ſucceſſionem ipſi agnati intelliguntur proximiores cognatis quoad hunc effectum; & cum iura *in d. auth. de hæred. ab inteſt. venient. §. ex his, & in auth. licet C. de legit. tut.*, æquiparent proximiores ad ſucceſſionem cum proximioribus ad tutelam, & viceuerſa, conſequitur, quod, ſicuti agnati ex vi ſtatuti computantur tanquam proximiores ad ſucceſſionem, ita, & computentur *ex vi d. auth. de hæred. ab inteſt. ven.* tanquam proximiores etiam ad tutelam. Secundo, quia *d. auth. de hæred. ab inteſt. venient. §. ex his, & auth. licet C. de legit. tutor.* ſunt iura correctoria iuris antiqui digeſtorum *in l. 1. ff. de legit. tut.* ſecundum quod tutela deferebatur agnatis excluſis cognatis, vt etiam conſiderauit *Baldus in l. 1. in princip. C. de legit. tut.*, quod etiam verificabatur in ordine ad tutelam; facta autem per ſtatutum reſtitutione dicti iuris communis antiqui in ordine ad agnatos quoad ſucceſſionem intelligi debet & facta reſtitutio in ordine ad eoſdem quoad tutelam.

Rationes pro hac reſponſione.

Neque obſtant ea, quæ ex aduerſo afferebantur; Non primum de ſtricta interpretatione ſtatutorum; quando quidem in præſenti hypotheſi non intelligitur fieri aliqua extenſio, ſed eſt comprehenſio caſus propter identitatem rationis; ſuppoſito etenim, quod ius tutelæ reguletur ad normam ſucceſſionis ab inteſtato, vocatis agnatis ad ſucceſſionē cum prælatione ad cognatos, intelligi debent ex neceſſaria conſequentia vocati ad tutelam; ſicque diſpoſitio ſtatutaria quoad ſucceſſionem comprehendit implicitè & diſpoſitionem quoad tutelam.

7 In hoc eſt potius comprehenſio caſus quam extenſio.

Non ſecundum, quod dicitur de matre, & auia, quæ, quamuis excludantur per ſtatutum à ſucceſſione, non excludūtur tamen à tutela; quandoquidem hoc eſt ſpeciale in matre, & auia, quarum tutelæ non ſunt ſimpliciter legitimæ, ſed anamolæ, & ſic quamuis excludantur à ſucceſſione, non excluduntur tamen à tutela, ſi velint, cum hæc in ordine ad ipſas non tribuatur ratione ſucceſſionis, ſed ratione vehementis affectionis erga filios, ſeu nepotes; quod autem in eiſdem non reguletur tutela ad normam ſucceſſionis, euincitur tum ex eo, quod in iure antiquo per Senatus Conſultum Tertullianum deferebatur hæreditas matri, nō tamen tutela extantibus legitimis tutoribus iuxta textum *in l. 2. C. quando mul. tut. offic. fung. pot.*; tum ex eo, quod etiam de iure nouo authenticorum mater admittitur ad tutelam, ſi velit, non autem cogitur; alij autem tutores etiam inuiti compelluntur ad aſſumendum per textum *in auth. ſicut, & ibi omnes C. de legit. tut., & in corpore vndè ſumitur*, vndè mirum non eſt, quod admittatur ad tutelam, quamuis excludatur à ſucceſſione. Cum ergo hoc ſit ſpeciale in matre, & auia, non eſt extendendum ad alios.

8 Eſt ſpeciale in matre, & auia, quod excludātur à ſucceſſione non à tutela.

Non tertium deſumptum ex iure antiquo, ſecundum, quod tutela deferebatur agnatis cum excluſione cognatorū, quandoquidem hoc potius fauet, quam officiat noſtræ reſponſioni; cum etenim tunc præferrentur agnati cognatis tàm quoad ſucceſſionem, quàm quoad tutelam, & modo hæc differentia agnatitia, & cognatitia intelligatur ſublata per iura authenticorum, ſequitur, quod facta reſtitutione per ſtatutum quoad agnatos in ordine ad ſucceſſionem intelligatur etiam facta quoad tutelam iuxta ea, quæ dicebamus in probationibus.

Soluitur alia inſtantia.

---

§. XXIV.

An, ſi alicui contra ius commune deferatur hæreditas, eidem etiam dari debeat tutela.

SVMMARIVM.

Dilucidè exponitur ſtatus difficultatis. 1.
Sententia docens ſic prælatum in ſucceſſione præferendum etiam in tutela. 2.
Regula tutelæ ad normam ſucceſſionis. 3.
Ille eſt proximior, qui habet proxmius ius ſucceſſionis. 4.
Sententia aſſerens proximiorem in gradu eſſe præferendum, & ſic Auum patruo. 5.
Auus eſt in gradu proximior patruo reſpectu pupilli. 6.
Aua præfertur alijs omnibus excepta matre, adeoq; etiam Auus. 7.
Tutor à matre petitus, ſi ſit idoneus eſt præferendus. 8.
Auus maternus, ſecundum ſe, eſt præferendus Patruo, quantumuis hic ex iure municipali ius habeat ad ſucceſſionem. 9.
In tutela datiua non eſt habenda ratio ſucceſſionis. 10.
Per ſola ſponſalia mater ipſo iure non amittit tutelam. 11.
Suſpicio fraudum in hoc non eſt conſideranda. 12.
Iudex facta inquiſitione tenetur à matre petitum eligere. 13.
Quando mater nunquam ſuſcepit tutelam

ape-

aperitur loco legitimo. 14.
Si mater non assumpsit tutelam, quando est transitura ad secundas nuptias, tunc aperitur locus legitimo. 15.

DIsquisitio XXIV. Suppono, quod vel per statutum, vel per aliquam aliam dispositionem hæreditas pupilli, si præmoriatur, deferenda sit alicui, cui stante præciso iure communi non competeret, sed alteri. Suppono vlterius, quod mortuo patre eiusdem pupilli tutelam non extante tutore testamentario susceperit mater, quæ postea intendens ad secunda vota coouolare ad Iudicem accesserit, & petierit dari in tutorem Auum maternum. Suppono item, quod ille, cui per statutum, vel per aliam dispositionem in casu præmortis pupilli deferenda est hæreditas eiusdem, fuerit patruus; quibus omnibus suppositis quæro, an patruus, cui ius est ex statuto, vel alia dispositiooe ad hæreditatem pupilli, sit præferendus auo materno petito a matre conuolante ad secundas nuptias, an vero auus maternus non obstante iure ad successionem eiusdem pupilli sit præferendus eidem patruo?

1 Exponitur status disquisitionis.

Proponit hanc difficultatem *Gozadinus cons. 54.* vbi loquens in patruo, cui per statutum defertur hæreditas pupilli contra ius commune, concludit, quod, cum hic præferatur Auo materno quoad successionem, sit præferendus etiam quoad tutelam, & subdit patruum dandum esse a Iudice, quod etiam sentit *Curtius Sen. cons. 44. num. 6. & seqq. & nu. 14. vers. corroboratur, Iason cons. 149. n. 6. cum seqq. lib. 2., Hondedeus cons. 88. num. 22.* Contrarium tamen sentit *Hieronimus Gabriel cons. 27. num. 7. & seqq.* asserens, quod auus maternus a Matre transeunte ad secunda vota nominatus sit eidem patruo præferendus non obstante illius iure ad successionem.

2 Sententia docens sic prælatum in successione præferendum etiam esse in tutela.

Rationes plurimas pro suo asserto affert *Gozadinus loc. cit.*; & primo, quia tutela regulatur ad normam, & ordinem successionis per textum *in §. placebat autem Instit. de legit. agnat. succes. & §. primo Instit. de legit. patron. tut., Bartolus in l. 1. ff. de legit. tut., Salicetus in l. fin. in fin. C. de legit. hæred., Aret. in §. actionum Instit. de act.*; patruus autem hac in hypothesi vigore iurium municipalium præfertur auo materno quoad successionem, adeoque etiam quoad tutelam.

3 Regula tutelæ ad normam successionis.

Secundo, quia regulariter eo ipso, quod mater incipit cogitare de secundis nuptijs, & a fortiori, si contraxit sponsalia, incipit esse suspecta, adeoque desinit esse tutrix *Bartolus in l. si quis sub conditione vers. quæro, an statim cum mater ff. de testam. tut. & in auth. Sacramentum C. quando mul. tut. offic. fung. pot.*, sicque aperitur via legitimo, non datiuo; legitimus autem est, qui proximius habet ius successionis, quod in hoc casu verificatur respectu patrui, non Aui materni.

4 Ille est proximior, qui habet proximius ius successionis.

Tertio, quia, cum Mater in hac suppositione petat in tutorem filijs suis impuberibus auum maternum, qui est eiusdem Matris Pater, oritur præsumptio, & suspicio, quod in reddenda ratione administrationis possint in præiudicium pupillorum fraudes oriri; cum etenim Auus sit proximior filiæ, quam nepotibus, præsumendum est, quod in redditioue rationum per matrem administratæ tutelæ sit magis indulturus eidem matri, vtpote filiæ propriæ, quam nepotibus.

Aliæ rationes pro hac sententia afferuntur.

Quarto, quia Iudex tutorem petitum à Matre, dum conuolat ad secundas nuptias, non tenetur necessariò dare, sed est in eius arbitrio, vel nominatum, vel aliũ constituere *Corneus cons. 284. vol. 1., Franciscus Curtius cons 47., Baldus in l. precibus C. de impub. col. 6. vers. scias, Decius in c. ex parte 2. de appel. col. penult. vers. in glosa*, ergo interueniente, & concurrente legitimo ille non erit dandus, sed iste vigore statuti admittendus.

Quinto ex doctrina *Baldi in c. ex parte M. extra de appel.* vbi, quod Matre transeunte ad secunda vota, si legitimi sint idonei, sint præferendi, eo quod mater, quæ obstabat, intelligitur per illa secunda vota quoad hoc munus de medio sublata, vnde volentibus ijsdem legitimis suscipere, non est locus respectu datiui à Matre petiti, & ad summum erit eidem locus, si illi noluerint suscipere *Cinus in d. auth. Matri, & Auiæ C. quando mul. tut. offic. fung. potest*, atque ita fuisse Bononiæ decisum testatur.

Ex aduerso rationes plurimas agglomerat *Hieronimus Gabriel loc. cit.* vbi etiam soluit argumenta contraria; & primo, quia Auus maternus est in gradu proximiori, quam sit patruus, nam auus est in secundo gradu per textum *in l. iuris consultus §. secundo gradu ff. de grad. affin.*; patruus vero est in tertio per textum *in dict. l. iuris consultus §. tertio gradu §. 2. & 3. gradu Instit. eod. tit.*

5 Sententia asserens proximiorem in gradu esse præferendum.

6 Auus est proximior.

Secundo, quia auia materna est excepta Matre alijs præferenda per textum *in auth. matri, & auiæ C. quando mul. tut. offic. fung. potest*, ergo a fortiori erit præferendus auus maternus alijs etiam patruis, quandoquidem auus per alibi probata vincit Auiam, & in hoc valet regula *vinco vincentem te, ergo à fortiori vinco te*.

Auia præfertur cæteris omnibus excepta Matre, adeoque etiam Auus.

Ter-

Tertio , quod licet statutum corrigat quoad successionem ius commune, non tamen intelligitur corrigere in tutela, prout consuluit *Baldus conf.234. incipiente quæritur conf. extat vol. primo*, ergo, quamuis patruus ratione statuti præferendus sit auo materno quoad successionem, non erit tamen præferendus quoad tutelam .

7 Correctio quoad successionem non est correctio quoad tutelã.

Quarto, quia Matri, & Auiæ non defertur tutela ratione successionis, sed ratione affectionis per textum *in l.matris pietas C.qui pet.tut.*, *Salicetus in d. auth. matri, & auiæ col.5. vers.nono quaro*, *Ioannes Andræas in addit. ad Specul.in tit. de curat.col.6.* Deinde, quamuis in matre concurreret vtraque ratio in ordine ad tutelam nempe ratio successionis, & ratio affectionis, sublata per statutum prima ratione adhuc remaneret secunda *§. affinitatis Instit.de nupt.*, quæ ratio æquè militat in auo materno, ergo &c.

Alia ratio desumpta à paritate Matris, & Auiæ.

Quinto ex doctrina *Bartoli in l. si quis sub conditione ff.de testam.tut.* vbi sic distinguit. Aut mater nunquam assumpsit tutelam, & dicit se nolle esse tutricem, & tunc aperitur locus legitimo per textum *in l,2.ff. qui pet.tut.*, aut assumpsit tutelam, & transiens, seu transitura ad secundas nuptias petit alium dari tutorem, & tunc datur locus datiuo *Glosa in d. l.si quis sub conditione ff.de testam. tut.*; *Bartolus conf.114. Incip.factum sic se habet*, *Angelus in auth. Sacramentum C. quando mul.tut.offic.* vbi dicit esse verissimum, sicuti euangelium, quod tunc detur locus datiuo; ergo, cum post susceptam tutelam mater transitura ad secundas nuptias petierit in tutorem filiorum Auum maternum, hic erit præferendus patruo non obstante, quod hic ius habeat ad successionem .

Aliæ rationes pro hac secunda opinione.

Sexto, quia tutor petitus à Matre, si sit idoneus, est alijs præferendus, *Baldus in d. l.si quis sub conditione in fin. ff. de testam. tut.* vbi asserit sic sibi interroganti respondisse Bartolum, *idem Baldus in l.omnem C.ad Tertul.*, *Corneus conf.400. vol.4.*, *Decius in c.ex parte 2. de appel.*, *Hieronimus Gabriel conf.27. num.5.* vbi asserit hoc esse verissimum, & multis rationibus, & auctoritatibus comprobat, ergo, si Auus maternus fuerit à Matre petitus, erit alijs præferendus .

8 Tutor à Matre petitus, si sit idoneus, est præferendus.

Quid iam concludendum? Pro resolutione aduertendum est hanc difficultatem nudè, & præcisè secundum se posse discuti, quatenus ex genere suo Auus maternus sit præferendus patruo, quantumuis hic habeat ius ad successionem, seu è contra patruus habens hoc ius successionis sit præferendus Auo; vel posse examinari attenta matris volentis ad secundas nuptias conuolare petitione quoad auum maternum. Rursus considerandum est, an Mater iam assumpserit tutelam filiorum , quam velit dimittere propter transitum ad secundas nuptias, vel nunquam assumpserit .

Notabilia pro resolutione.

In ordine ad primum considerando rem secundum se præcisè, & conferendo nudè auum maternum ad patruum habentem ius ad successionem videtur dicendum, quod ipse Auus sit præferendus eidem patruo , quantumuis hic ex dispositione iuris municipalis sit proximior successioni ; & ratio ex eo deducitur, quia Mater, & Auia , quantumuis exclusæ à succesione per statutum, præferuntur tamen alijs quibuscunq; exceptis testamentarijs quoad tutelam per ea, quæ in præcedentibus latè commendauimus, & probant *Corneus conf.tot. videtur prima facie per tot. & præcipuè num. 4. & 8. vers. & hanc partem lib.3.*, *Decius conf.16. num.2.*, *Antonius Piaggius de tut. & curat. q.9. sub num.4. vers. sed limita hæc*, *Salicetus in d.auth.matri , & auiæ q 9. num.11.C.quand.mul.tut.offic. fung. pot.*, & signanter, quod Auia materna etiam præferatur alijs legitimis, quantumuis habentibus proximius ius ad hæreditatem pupillorum docent *Ioannes Vincentius Hondedeus conf.88. num.6. & 7.*; *Decius d. conf.16.num.4. vers.& ea quæ*, ergo etiam Auus maternus erit præferendus alijs omnibus legitimis , & etiam patruo habenti ius ad successionem , quandoquidem in concursu aui materni cum auia materna quoad tutelam nepotum , & neptum vincit auus maternus *Bartolus in l.si quis sub conditione num.9. ff. de testam. tut.*, *Decius conf.188. num.1.& 2.*, *Montanus de tut.& curat.c.15. num.47.*; ex quibus sequi videtur , quod, cum ipse Auus maternus vincat Auiam, & hæc vincat Patruum, quantumuis habentem successionem, & ipse auus vincat hunc patruũ iuxta regulam præcitatam *Vinco vincentem te, ergo multo magis vinco te*.

9 Auus maternus secundum se est præferendus Patruo , quamuis hic habeat ius ad successionem.

Rationes pro hac resolutione.

Et hæc multo magis videntur verificari in hoc casu , quo à Matre non esset petitus auus maternus in tutorem , nec alius, quia Matre transeunte ad secunda vota , & non petente filijs prioris matrimonij tutorem aperietur locus tutori legitimo , non datiuo per ea , quæ notat *Hyeronimus Gabriel dict.conf 27. num.2.*, sicuti autem inter legitimos primus locus datur matri, & auiæ, quantumuis non habeant ius successionis per ea, quæ supra probauimus, ita & videtur locus dandus auo materno addita potissimum ratione supra ponderata , quod sicuti

Aliæ rationes pro eodem asserto.

Oo amor

amor matris, & auiæ supponitur maior quocunque alio, ita & amor aui materni; Neque obesse potest, si afferatur, quod dispositio legalis, quod tutela deferatur ad normam hæreditatis, verificetur solum quoad tutelam legitimam, & sic, cum in hac speciali hypothesi non petiti tutoris à Matre conuolante ad secundas nuptias sit locus tantum tutelæ legitimæ, ille sit præferendus, qui ius habet succesionis, adeoque patruus auo materno; Non, inquam, obesse potest, quia licet regulariter illa dispositio locum habeat; fallit tamen quoad Matrem, & Auiam, quæ præferuntur alijs etiam habentibus ius hæreditatis etiam cum exclusione earundem, & hoc propter affectionem maiorem, quæ in eisdem præsumitur, quæ omnia verificantur etiam quoad auum maternum, prout latè considerauit idem *Hieronimus Gabriel d. cons. 27. sub num. 11.* per notata *in d. auth. Matri, & Auiæ C. quando mul. tut. offic. fung. pot., & per Decium d. cons. 16.*

Rationes oppositæ dissoluuntur.

Quod, si vrgeas, eandem rationem non militare in Auo materno, quæ militat in Matre, & Auia, quandoquidem respectu matris, & auiæ tutela est arbitraria, nec possunt cogi ad eam suscipiendam; respectu vero aui materni est necessaria, & ad eam suscipiendam potest compelli, vt probat *Gozadinus d. cons. 54. num. 11. vers. non obstat quintum* per notata *per Bartolum in l. 1. ff. de legit. tut., Socinum, & alios in l. 2. ff. de legat. 1., Baldum instit. de legit. agnat. tut., & per Alexandrum cons. 110. viso statuto vol. 3.*; Statim impugnaberis, quia hoc, quod est, quod tutela respectu matris, & auiæ sit arbitraria, & respectu Aui materni sit necessaria prouenit ex eo, quod est priuilegium matris, & auiæ, quod posint esse tutrices, cum regulariter fæminæ de iure communi excludantur ab hoc munere, vnde eidem possunt pro libito renunciare, quod non euenit respectu aui materni, cui ratione sexus non conceditur hæc libertas; ex hoc tamen non sequitur, quod auus maternus non habeat priuilegium prælationis quoad alios legitimos, & sicuti, quantumuis tutela matris, & auiæ sit voluntaria, non tollitur, quin sit legitima per ea, quæ communiter tradunt *DD. in d. auth. matri, & auiæ C. quando mul. tut. offic. fung. pot., Bartolus in d. l. si quis sub conditione num. 13. ff. de legit. tut.*, & alijs præferenda, ita ex eo, quod respectu aui materni sit necesaria, non tollitur, quin alijs sit præferenda; necessitas enim, & voluntarietas non sunt rationes limitantes conditiones tutelæ, prout sunt in subiectis ex speciali motiuo priuilegiatis vrgente eodem motiuo.

Si mater antequã conuolaret ad secundas nuptias petierit tutorem Auum maternũ hic erit Patruo præferendus.

His sic firmatis quoad primum punctum dubitationis supra excitatum, iam deuenio ad secundum, supposita scilicet petitione aui materni per matrem coram Iudice facta, antequam ad secundas nuptias conuolaret; & dico absolutè, quod etiam præscindendo à motiuo affectionis, quod præsumitur erga nepotes, seu neptes in eodem Auo, ex titulo petitionis eiusdem matris idem auus maternus sit præferendus patruo, quantumuis habenti proximius ius ad succesionem. In hoc assentior *eidem Hieronimo Gabrielli d. cons. 27. num. 7. & 11., Phylippo Decio in cons. 188. incipiente in casu proposito agam paucis, Baldus cons. 82. incipiente statuto prædicto cauetur vol. 2. & cons. 489. incipiente punctus quæstionis, super quo vol. 4. & cons. 470. vol. 3.* Præter rationes adductas supra pro secunda sententia nonnullas addo in confirmationem huius nostræ opinionis; & primo, quia, quando mater, quæ assumpsit tutelam filiorum suorum impuberum conuolare intendit ad secundas nuptias, petit à Iudice Auum maternum in tutelam eorundem filiorum suorum aperitur locus tutori datiuo, non legitimo per textum expressum *in auth. de nuptijs §. sin autem tutela in fin., Baldus in auth. Sacramentum C. quando mul. tut. offic. fung. pot.*, hocque etiam videtur deduci *ex l. 3. §. quæri potest ff. de legit. tut.*, hancque esse communem opinionem ex notatis elucet *in d. auth. Sacramentum, & in c. ex parte 2. de appel., Ruinus cons. 125. vol. 5., Berous in qq. famil. q. 66.*, quinimmo tutor sic petitus a matre succedit in locum eiusdem matris, sicque quoad prælationem induit priuilegia eiusdem matris per ea, quæ alibi supra commendauimus ex regula subrogatorum, ergo Auus maternus sic petitus à matre erit præferendus. Secundo, quia petitio à matre facta reddit petitum magis idoneum, siquidem matris petitioni, vtpotè maxime affectæ erga proprios filios, multum est deferendum per textum *in l. fin. ff. qui pet. tut., Baldus in d. l. si quis sub conditione ff. de legit. tut.*

Rationes pro hoc asserto.

Neque obstant ea, quæ pro prima sententia in fauorem patrui afferebantur; Non primum deductum ex æquiparantia iuris ad successionem, & ad tutelam, quandoquidem, vt benè notant 10
Corneus cons. 284. num. 5. vol. 3. & cons. 163. col. fin. vol. 4., Hieronimus Gabriel d. cons. 27. num. 8. illa æquiparantia non habet locum, nisi in tutela legitima, non autem datiua, in qua non est habenda ratio successionis, sed probitatis, & idoneitatis; maior autem probitas, & idoneitas præsumitur,

In tutela datiua nõ est habẽda ratio successionis.

sumitur, & arguitur ex petitione matris.

Non secundum; quia licet *Bartolus loc. ibi citato* supponat, quod per solà sponsalia mater reddatur immediatè suspecta, & ipso iure amittat tutelam; in hoc tamen communiter ab alijs omnibus reijcitur, vt latè nos etiam probauimus in præcedentibus, vnde adhuc eidem ante contractas nuptias per verba de præsenti remanet locus ad petendum tutorem, qui, si datus fuerit in eius locum succedit, & proinde alijs omnibus legitimis est præferendus.

11 Per sola sponsalia Mater ipso iure non amittit tutelã.

Non tertium desumptum ex præsumptione fraudium in reddenda per matrem administrationis ratione, quando esset dandus auus maternus ab eadem matre petitus in tutorem filiorum; tum, quia admissa hac ratione suspicionis fraudium nunquam mater conuolatura ad secundas nuptias posset tutorem petere filijs suis impubetibus, quod est directè contra textum *in d. auth. Sacramentum, & ibi Salicetus C. quando mul. tut. offic. fung. pot.*, quandoquidem semper tenetur ante easdem nuptias rationem reddere per textum *in l. omnem C. ad Tertul. & in auth. de nupt. §. sin autem tutela*, & sic posset esse suspicio, quod tutorem sibi beneuolum petierit ad effectum fraudandi &c.; quod tamen nemo dicet; tum quia minor suspicionis ratio præsumenda est in auo propter ingentem amorem, & pietatem erga nepotes, & neptes, quam in alijs, & valdè probabile est, quod auus debeat magis prospicere indemnitati nepotum, & neptum, quam lucro filiæ iam nuptæ, vel nubendæ; non solum propter eundem amorem, sed etiam, quia ex tali munere obligatus remanet ad eosdem pupillos; hanc rationem considerauit etiam *Hieronimus Gabriel loc. quo supra n. 10.*; tum quia, quantumuis mater, & auia fint debitrices, seu creditrices pupillorum, non excluduntur ab eorum tutela ob præsumptionem, quæ potest esse, de fraudibus per textum *in §. 1. in auth. vt sine prohibitione, & in auth. ad hac C. quando mul. tut. offic. fung. pot.*, ergo multo minus talis suspicionis ratio efficere potest, vt excludatur à tutela ille, quem mater ipsa petierit; Amor siquidem, & pietas matris nominantis, & Aui nominati excludunt quamcunque suspicionis rationem.

12 Suspicio fraudium in hoc nõ est consideranda.

Præcipuè considerando rem in ordine ad Auum.

Non quartum desumptum ex libertate Iudicis in dando tutorem à matre petitum, quia facta legitima, & debita inquisitione super conditionibus personę nominatæ, probabilius tenetur à matre petitum Iudex eligere, nisi ipsum in inquisitione inidoneum vel suspectum agnouerit, prout firmauit *Baldus in d. l. si quis sub conditione in fin. ff. de legit. tut. & in l. omnem C. ad Tertul.*, quamuis parum sibi constans contrarium senserit *in l. prætextibus num. 21. C. de impub. & al. subst.* Hoc idem sentiunt *Corneus cons. 400. vol. 4. & cons. 284. vol. 3. col. fin., Decius in c. ex parte 2. de appel.*, & quidem congrua ratione hoc decernitur, quandoquidem frustranea esset facultas concessa matri petendi tutorem filijs suis impuberibus, si non teneretur Iudex ab ipsa nominatum, & in inquisitione idoneum repertum eligere per textum *in l. 4. §. condemnatum ff. de damn. infect.* Nec obstat, quod dicatur electio Iudicis arbitrio commissa; Non obstat, inquam, quia hoc arbitrium debet esse regulatum, & iuri consonum, *Bartolus in l. si sic in princip. ff. de legat. 1.*; vnde, si aliter Iudex arbitratus fuerit, potest iustè ab eodem appellari *Glosa in c. super his de accus., Felinus in c. exceptionem col. 1. de except.*

13 Iudex facta inquisitione tenetur à Matre petitum eligere.

Non quintum, quia dictum *Baldi loc. cit.* intelligendum est, vel quando mater nunquam suscepit tutelam, vel transiuit ad secunda vota non petito tutore, quia tunc aperitur locus legitimo; secus, quando assumpsit tutelam, & antequam secundas contraheret nuptias, tutorem à Iudice petijt, vt infra dicemus super tertio dubio.

14 Quando Mater nunquam suscepit tutelam aperitur locus legitimo.

Atque ex his, quæ hucusque dicta sunt, colligi potest, quod non solum auus maternus præferendus est patruo ex propria conditione, qua ratione dici potest legitimus, sed etiam ex petitione matris, qua ratione dici posset datiuus, in quo casu, etiam si non vrgeret motiuum propriæ conditionis auitæ, & affectionis præsumptæ, posset à matre peti, sicuti quilibet alius extraneus, & præferendus ratione talis maternæ petitionis.

Iam deuenio ad tertium punctum, seu dubium propositum, an scilicet mater tutelam assumpserit, an non, quando connolare intendit ad secunda vota? & dico, quod, si non assumpsit, tunc aperitur locus legitimo tutori, & non datiuo, prout notat *Hieronimus Gabriel d. cons. 27 num. 1. & 2.*, in quo casu, an sit præferendus patruus habens proximius ius successionis, an verò auus maternus habens maiorem coniunctionem in sanguine? Idem *Gabriel* videtur in hoc sibi parum constans, dum *num. 8.* dicit, quod regula asserens tutelam deferri sicut hæreditatem, habeat solummodo locum quoad tutorem legitimum, non autem quoad datiuum, videtur dicere, quod, cum patruus habeat ius successionis, & non

15 Si Mater non assumpsit tutelam, quando transitura ad secundas nuptias tunc aperitur locus legitimo.

Gabriel in hoc sibi parum constans.

auus maternus in hac hypothesi, ille vtique sint præferendus; deinde *num.* 12. considerans maiorem coniunctionem in Auo, & præsumptionem maioris affectionis dicit, quod, sicuti etiam, quando locus est legitimo, in quo habetur ratio successionis, tamen ratione affectionis mater, & auia præferuntur, licet sint exclusæ per statutum à patruo; ita etiam auus *saltem* in datiua, in quo non habetur ratio successionis sit præferendus, vbi nota, illam particulam *saltem*, quæ indicat quidem à fortiori dispositionem verificari in illo casu, & sensum auctoris in illo maiorem vim habere, non tamen excludit in alio casu nempe legitimæ tutelæ. Quamobrem iuxta superius dicta probabilius crederem, etiam in casu, quo adesset locus legitimo tutori, auum maternum præferendum esse patruo, quia, sicuti non obstante exclusione matris, & auiæ à successione pupillorum ipsæ admittuntur ad tutelam etiam cum prælatione ad alios legitimos, & etiam ad patruum habentem vim, & ius successionis, ita non est, cur non sit præferendus auus maternus, qui in hoc vincit auiam.

§. XXV.

An existente Matre minore vocetur ad eiusdem filiorum impuberum tutelam Auus maternus, an verò patruus habens ius successionis.

SVMMARIVM.

Status controuersiæ expositus. 1.
Sententia Gutierez asserentis existente Matre in minoritate præferendum esse Patruum auo materno. 2.
Intellige, quando eadem Mater simul cum patruo vocaretur ad successionem. 3.
Explicatur in hoc mens Hondedei. 4.
Mater existens in minoritate non potest tutelam exercere. 5.
Durante minoritate in matre est solum locus tutori datiuo. 6.
Auus maternus etiam in hoc casu non excluditur à patruo, quamuis hic habeat ius successionis. 7.
Perueniente matre ad ætatem perfectam illa tutela in Auo desineret. 8.

1 *Dilucidè exponitur sensus tituli.* DIsquisitio XXV. Ex dictis in præcedenti paragrapho non obstante, quod ex dispositione iuris municipalis patruus vocetur ad successionem pupillorum cum prælatione ad auum maternum, patet, quod, si mater transitura ad secundas nuptias eundem Auum petierit in tutorem filiorum suorum impuberũ, ipse sit præferendus titulo petitionis eiusdem matris, siue etiam non petierit, titulo maioris coniunctionis, & affectionis erga eosdem filios, sicuti eidem patruo præfertur auia materna. Modo supponimus, quod mater mortuo marito, vtpotè minor non possit ad tutelam venire, & quod patruus ex dispositione statuti vocetur ad successionem cum exclusione Aui materni, & inquirimus, an ipse Patruus præferendus sit in tutela auo materno, an verò è contra Auus maternus patruo? & quid sentiendum de matre, cum maior fuerit effecta?

Gutierez *de tut., & curat. part.* 1. *c.* 2. *nu.* 22., qui in numero præcedenti senserat, quod in tutela legitima, quando patruus vocatus est per statutum ad successionem, præferatur auo materno, sentit quoque in præsenti casu minoritatis matris, quod Patruus à statuto vocatus ad successionem sit quoque præferendus auo materno, & ad hoc allegat *Hondedrum cons.* 88. *per totum præcipuè nu.* 17., *& seqq.*, ita tamen, vt mater, cum maior fuerit effecta, ipsa quoq; ad tutelam sit admittenda per eundem *Hondedrum ibid. n.* 39., quod tamen intelligit, quando eadem mater minor per illud statutum vocaretur simul cum patruo ad successionem; quod, si patruus ad successionem non vocaretur, tunc asserit, quod sola mater admittenda esset ad tutelam, cum peruenerit ad legitimam ætatem remotis tutoribus datis ob eius minorem ætatem. 2 *Sententia Gutierez asserentis existente matre in minoritate præferenda esse Patruum auo materno,*

Hondedeus loc. cit. ab eodem Gutierez plura dicit, & primo supponit, quod ad hæreditatem pupillorũ per statutum vocata sit simul mater cum patruo; secundo dicit, quod, cum mater sit minor, & mediet inter Auum maternum, & pupillum, auus maternus ipsa matre viuente non vocetur ad successionem, & cum mater ratione minoritatis excludatur à tutela, & ipse auus excludatur à tutela, cũ excludatur etiam a successione viuente eadem matre. Hinc infert, quod in hac hypothesi patruus vocatus per statutum ad successionem simul cum matre durante minoritate eiusdem matris præferatur auo materno, & admittatur solus ad successionem, & perueniente matre ad perfectam ætatem illum simul admittat. Postea respondet omnibus argumentis contrarijs, quibus dicitur, quod Auus sit proximior popillis, quam patruus, quod auus maternus vincit Auiam, quæ Auia vincit patruum, adeoque, & ipse Auus 3 *Intellige quando eadem, mater, simul cum patruo, vocata esset ad successionem.* 4 *Explicatur in hoc mens Hondedei.*

Auus à fortiori vincat eundem patruum; Respondet, inquam, ad primum, quod non est attendenda proximitas præcisè in gradu sanguinis, sed proximitas successionis, & licet contrarium seruetur in Matre, & Auia, hoc non extendatur ad Auum, cum nullibi in iure cautum sit de tali extensione, & tutela Matris, & Auiæ sit extraordinaria, & anomala; illa autem aui ordinaria, & legitima. Ad secundum dicit, quod licet Auus vincat Auiam in tutela nepotum, seu neptum, non tamen vincat patruum habentem ius successionis, quia, quod vincat auiam, & patruum, procedit tantum de iure communi, non autem attento iure statutario, secundum quod patruus vocatur ad successionem cum exclusione aui; Ad illud effatum. *Vinco vincentem te, ergo multo magis vinco te*, dicit verificari solum, quando victor ponitur in locum victi, quod non euenit in præsenti hypothesi.

Nonnulla circa præsentē titulum examinanda.

Pro solutione præsentis difficultatis pleraque sunt præmittenda, & primo quæstio, an quando mater est minor durante minoritate sit capax tutelæ administrandæ, an vero incapax? Secundo, an supposita pro illo tempore minoritatis idoneitate aperiatur locus legitimis tutoribus, an vero datiuis tantum? Tertio, an verum sit, quod existente matre in medio inter Auum maternum, & pupillum ipse Auus simpliciter excludatur? & hoc siuè attento, quod mater simul cum patruo vocetur ad successionem filiorum impuberum, siue solus patruus, siue sola mater ad eodem ex statuto vocentur.

5 Mater existens in minoritate, nō potest tutelam exercere.

In ordine ad primam iam satis diximus in præcedentibus *sub hoc eod. tit. de tut., & curat. prænot. 6. assert. 1. sub vers. hæc quæ dicuntur in genere*, quod mater existens in minori ætate non possit esse tutrix etiam ex testamento, quatenus durante minoritate non possit tutelam administrare, nisi ex consuetudine, vel statuto mulier maritata habeatur pro maiori, per textum *in l. 1. Cod. quando mul. tut. offic. fung. pot.*, *Paulus Christinus decis. 149. vol. 3.*, *Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. mater num. 6. vers. intellige*, quod, si hæc verificantur, quando testamento data est, cum tunc testator eius identitatem approbauerit, à fortiori verificantur, quando deberet in tali tutela succedere ex propria persona.

In ordine ad secundam, ratio dubitandi consurgit ex præcedentèr dictis; nam ex vna parte *sub hoc eod. tit. de tut., & curat. disq. 1. §. 20. responsione secunda*, diximus, quod, si impedimentum tutoris fuerit dumtaxat temporaneum, & amouibile, antequam pupillus efficiatur pubes, non sit locus legitimo, sed tantum datiuo, prout etiam sentiunt *Salicetus in auth. sicut. num. 2. C. de legit. tut.*, *Baldus in in l. non solum §. si libertus in fin. ff. de excus. tut., & in l. 1. in fin. C. de testam. tut.*, inter impedimenta autem temporanea numeratur minoritas ætatis *Siluester in §. vlt. in fin. instit. de fiduc. tut.* Ex altera parte docuimus specialitèr in ordine ad matrem *in præcedenti paragrapho in probatione quinta secundæ sententiæ* iuxta mentem *Bartoli in l. si quis sub conditione ff. de testament. tut.*, quod, si mater nunquam assumpserit tutelam, tunc aperiatur locus legitimis tutoribus, per textum *in l. 2. ff. qui pet. tut.* Ex quibus videtur deducendum, quod, cum in hoc casu minoritatis ætatis eadem mater non assumpserit tutelam, legitimis tutoribus aperiatur locus. In hac hypothesi minoritatis ætatis in matre probabilius crederem, durante minoritate esse tantum locum datiuo tutori propter generalem regulam supra insinuatā, quod existente dumtaxat impedimento temporaneo, detur locus tantum datiuo, quod, cum exemplificetur in tutore minoris ætatis iuxta *Siluestrum in d. §. vlt. instit. de fiduc. tut.*, vtique supponitur, quod non susceperit tutelam, & tamen dicitur, quod sit locus tantum datiuo; Nec obstant ea, quæ subduntur de matre, quæ, si non susceperit tutelam, aperit viam legitimis; Non obstant, inquam, quia ea procedunt, quando mater potens assumere tutelam, non assumpsit intra tempus debitum, vel quando petijt Iudicem, & protestata est, se nolle esse tutricem iuxta textum *in d. l. 2. ff. qui pet. tut.*, quia tunc præsumitur simpliciter excusata, vel repudiasse tutelam, vt ex Bartolo, & Afflicto, docet *Costa remed. subsidiario 102. nu. 13.*, in hoc autem casu supponitur velle tutelam, & solum esse impeditam ad eandem administrandam ratione minoris ætatis, adeoque solum aperitur aditus datiuo.

6 Durante minoritate in matre est solum locus tutori datiuo.

Soluuntur rationes oppositæ.

In ordine ad tertiam, verum quidem est, quod existente matre in medio inter Auum maternum, & pupillum excludatur per matrem idem Auus maternus, quando mater posita in medio apta est ad administrandam tutelam, & velit administrare, quia ex genere suo mater præfertur eidem Auo per ea, quæ supra commendauimus; Hoc tamen non verificatur, quandò mater non est apta administrationi tutelæ, quia, cum tunc ipsa, si sit minor, indigeat curatore in ordine ad se, non potest aliorum curam, seu tu-

Existente matre in minoritate est per Iudicem tutor constituendus.

tutelam gerere, adeoq; alius est per Iudicem constituendus, qui gerat durante inidoneitate eiusdem matris; nec existentia matris potest officere, cum in ordine ad exercitium tutelæ pro illo tempore perindè se habeat, ac, si non adesset.

Vndè in ordine ad difficultatem principalem, quæ est scopus præsentis disquisitionis, tota ratio cōsistit in eo, quod, cum patruus vel solus, vel simul cum ipsa matre vocetur ad successionem cum exclusione aui materni, an ipse patruus in ordine ad talem tutelam excludat eundem auum pro tempore, quo mater perseuerat in minoritate? Circa quod *Hondedeus d. conf. 88. per totum, & præcipuè n. 17., & seqq.*, affirmatiuè sentit pro eodem patruo. His tamen minimè obstantibus.

Respondeo, in hac etiam hypothesi

7 auum maternum non excludi a patruo, quantumuis habente ius successionis *Baldus conf. 84. lib. 5., & conf. 218. incip. statutum, quod ego vidi lib. 4., Angelus in l. 1. C. de legit. tut., Berous conf. 123. nu. 26., & seqq., & conf. 124. per totum lib. 3., Menochius de arbitr. Iud. lib. 2. cent. 2. cas. 150. nu. 38.* Rationem ex eo deduco primo, quia in hac hypothesi minoritatis ætatis quoad matrem per superius allegata, & probata non aperitur locus legitimis tutoribus, sed datiuis; vbi autem agitur de tutoribus datiuis non attenditur ordo successionis, sed proximitatis in gradu, aliorumq; requisitorum, ergo nō obstante, quod auus maternus per patruum ex vi statuti excludatur a successione nepotum, erit ad munus tutelæ præferendus, cum proximior sit in gradu, & supponatur idoneus ex inquisitione, quinimmò maior idoneitas debet in ipso præsumi ex maiori affectione. Secundo ex eo, quod diximus in præcedenti paragrapho, quod scilicet non obstante, quod patruus habeat ius successionis, nihilominus ab auo materno excludatur a iure tutelæ; nec obstat illa intermediatio matris inter ipsum auum, & pupillos, & quod ipsa mater sit minor; Non obstat, inquam, quia, vt asserebam, cum pro illo tempore minoritatis ipsa mater inepta sit ad tutelam perindè est, ac, si non esset, & per consequens non tollit effectus proximitatis, qui sunt in auo materno.

Auus maternus etiam in hoc casu non excluditur à patruo quamuis, hic habeat ius successionis.

Rationes pro hac resolutione.

Neque obstant ea, quæ in præcedentibus dicebamus, quod scilicet vocatus ex speciali dispositione, siue statutaria, seu consuetudine ad successionem tutelligatur etiam vocatus ad tutelam, per textum *in l. 1. §. tutela legitima ff. de legit. tut. §. vnico instit. de legit. patron. tut. in auth. de hæred. ab intest. venient, §. ex his col. 9., & in auth. sicut C. de legit. tut.* Non obstant, inquam, quia, licet hæc regulariter verificentur, fallunt tamen quoad auum maternum, sicuti fallunt quoad auiam maternam, iuxta ea, quæ in præcedentibus insinuauimus; Neque vrgent ea, quæ pro responsione adducit *Hondedeus loc. cit.*, nempè, quod quoad auiam sit specialis exceptio in iure, quæ non reperitur quoad auum maternum; secundo, quod tutela matris, & auiæ sit extraordinaria, & anamola, quod nō verificatur respectu tutelæ aui, quæ est ordinaria, legitima, & non voluntaria; tertio, quod tutela aui non subrogetur tutelæ matris quoad effectum, vt induat omnes conditiones, quæ competunt matri, cum non ponatur in locum victi, seu matris victæ; Non vrgent, inquam; non primum, quia licet non fiat in iure expressio aui materni, comprehenditur tamen ex maioritate rationis in dispositione, qua auia præfertur; & sicuti ex identitate rationis dicunt aduersarij, quod etiam nos regularitèr loquendo asserimus, quod dispositio statutaria præferens agnatos cognatis quoad successionem præferat etiam quoad tutelam, ita non video, cur dispositio legalis, quæ præfert auiam cæteris omnibus legitimis etiam habentibus ius successionis non debeat etiam præferre auum, cum militat eadem, quinimmo fortior ratio. Deindè sicuti dispositio legalis in alijs pertinentibus ad tutelam æquiparat auiam, & auum maternum, & præcipue in eo, quod sicuti non excludit auiam a tutela filiorum, seu nepotum ex eo, quod sit creditrix, vel debitrix eorundem nepotum, per textum *in auth. vt sine prohibitione §. nuper scripsimus*, ita nec excludit auum maternum, quantumuis sit creditor, vel debitor, per *glosam in d. §. nuper scripsimus in verb. matrum*, quod probat *arg. textus in l. penult. §. 1. ff. de ritu nupt.* ita non video, cur non debeat æquiparare in eo, quod, sicuti illa præfertur, ita & iste præferatur: non secundum, quia in hoc solummodo tutela matris, & auiæ dicitur anamola, & extraordinaria, quia non est iussa, sed voluntaria, & per hoc solum differt ab alijs tutelis legitimis; cæterum ex hoc non infertur, quin primo loco competat auo materno comparatiuè ad patruum, sicuti competit auiæ comparatiuè ad eundem; non tertium, quia eo modo subrogatur auus maternus tutelæ, quo subrogatur auia, quæ, sicuti excludit patruum, non obstante iure, quod hic habet ad successionem, ita eundem auus excludit.

Soluuntur rationes oppositæ.

Hic

Hic tamen nota, quod, cũ auus subrogetur loco matris, ex eo, quod illa ratione minoritatis ætatis nõ sit apta, eius tutela intelligatur temporanea, adeoq; perueniente matre ad ætatem perfectam debeat in eodem auo desinere, & in matre incipere. Nec obstat, quod auus fuerit per Iudicem datus cum debita inquisitione, quasi quod, cum datus sit secundum leges, intelligatur permanentèr datus, præcipuè, cum ex alibi dictis Iudex non possit dare sub conditione, vel in diem. Nnn obstat, inquam, quia, quãtumuis fuerit datus cum inquisitione, quia tamen est datus in supplementum, seu in defectum matris pro tempore, & ad tempus talis defectus, non intelligitur datus simplicitèr, sed dumtaxat durante tali defectu; & licet dicatur, quod Iudex non possit dare sub conditione, vel in diem, boc intelligendum est attenta prçcisè eiusdem Iudicis voluntate, non quandn causa, ob quam datur, ita exigit, vt videre est, quando dat tutorem ad lites dumtaxat, vel ad adeundam hæreditatem, vel propter absentiam causa Reipublicæ tutoris primo dati, tunc etenim intelligitur dare dumtaxat pendentibus litibus, vel quousque hæreditas fuerit adita, vel absens redierit; & sic terminatis litibus, adita hæreditate, vel reuerso primn tutore officium, & munus secundò dati immediatè cessat, per ea, quæ sparsim supra insinuauimus.

8 Perueniẽte matre ad ætatẽ perfectã, illa tutela in auo desineret

§. XXVI.

An quandoque Auia paterna præferenda sit matri in tutela nepotum suorum.

SVMMARIVM.

Status disquisitionis expositus, 1.
Referuntur sonditiones potiores, quæ concurrere possunt in Auia. 2.
Recensitis omnibus, & singulis sonditionibus concurrentibus in Auia, hæc erit matri in tutela præferenda. 3.
Hæ rationes, quamuis diuisæ non sonuincerent, vnitæ tamen habent magnam vim, & efficaciam. 4.

DIsquisitio XXVI. Ex regulis generalibus supra assertis, certum est, quod mater sit præferenda auiæ etiam paternæ, qund vltra dispositionem iuris communis, & communem scribentium assensum specialitèr etiam statuitur *per nouas Const. Mediol. in tit. de tutel., & cur.* Sed, an hoc verificetur simplicitèr, an vero solummodo cnncurrentibus paribus rationibus, non verò, si conditinnes potiores concurerant pro Auia, id est, quod modo controuertendum proponitur.

1 Exponitur sensus huius tituli.

Hæ conditiones potiores, quæ concurrere possunt ex parte Auiæ, vel possunt consistere in en, quod Auia sit magis diues, quam sit mater, & propterea maius indè lucrum speretur pupillis obuenturum, vel in eo, quod magis sit apta, in suis consilijs prudentior, in rebus agendis dexterinr, in dnmesticis curis magis snllicita &c.; vel in eo, quod mater sit sexus vanitatibus maximè dedita, procliuis ad pompas, laxata in lubricis, absorta in delitijs; è contra verò Auia attenta, seria, prudens, curam domus habens, curans, quæ decent, nec negligens sua; vel in eo, quod mater carnis illecebris allecta ad plura vota transierit, & filios priorum matrimnninrum deseruerit, dum ex aduerso Auia mortun marito semper thorum viduilem seruauerit, ita, vt meritò eidem aptari possint verba *Leonis Imperatoris in constit. 90. insipiente oportebat eos.* Ibi-*Coniuge mortuo perpetuam viduitatem amplexa est, alterisq; nuptijs priores velut congesta terra obtegere noluis*, licet esset tunc virentis ætatis &c.

2 Referuntur conditiones potiores, quæ concurrere possunt in Auia.

Respondeo con[illegible]rrentibus omnibus bis, & singulis conditionibus in auia cnnuenientius videtur matri præferenda in tutela nepotum, seu neptum. In hanc consentit *Sadarinus resp. XVII. per tot.*, atq; ita iudicasse testatur Excellentiss. Medinlani Senatum in facti contingentia in causa inter Dominam Felicitam Zanatam Auiam paternam, & Dominam Iuliam Beccariam matrem. Rationem ex eo deduco, quia ratio, propter quam iura per prius deferunt tutelam filiorum matri, & non nisi per posterius Auiæ, fundatur, vel in iure successionis, quæ de iure communi semper debetur proximioribus, & per consequens prius matri, quam auiæ, vel in præsumpto mainri bono filiorum impuberum eo, quia, cum sit maior, & proximior coniunctio inter matrem, & filios, quam inter auiam, & eosdem, per consequens præsumitur inter matrem, & filios maior, & intensior affectin, sicque maior propensio ad eorundem filiorum commodum, prout notant *omnes scribentes, & præcipuè Perezius in l. 1. n. 1. C. quand. mul. tut. offic. fung. po., Barbosa in auth. matri, & auia nu. 2. C. eod. Visembesh. ad tit. ff. de tut. num. 5. vers. nam in bis*; sed vtraque hæc ratio deficit, vel ex non supposito, vel stantibus illis conditionibus in auia, quæ non supponuntur

3 Concurrentibus omnibus, & singulis conditionibus recensitis in Auia, hæc est præferenda matri.

Rationes pro hac responsione afferuntur.

tur

tur in matre; ex non ſuppoſito quoad primam rationem in hoc præcipuè Mediolanenſi Ducatu *ſtante ſtatuto in c. 302. vol. 1.* per quod mater à ſucceſſione filiorum excluditur per Agnatum; quod, ſi alicubi non vigeat ſtatutum excludens matrem propter Agnatos, ſed ſolummodò ius commune attendatur, tunc ex ſequenti ratione excludetur, cum in ipſa non interueniant conditiones ad hoc munus requiſitæ, & ſicuti, quando ipſa eſt idonea, licet alij habeant ius ſucceſſionis, ipſos excludit, ita quantumuis ipſa habeat ius ſucceſſionis, ſi non ſit cum illa idoneitate, quæ requiritur, ſeu non habeat conditiones requiſitas ad rectius regimen, & gubernium pupillorum, excludetur potiſſimum, cum etiam in auia per dicta in præcedentibus non requiratur, quod habeat ius ſucceſſionis.

Difficultas igitur ſolummodo reducitur ad ſecundam rationem fundatam in præſumptione maioris affectionis, & propenſionis ad maius bonum matris erga proprios filios, quæ ratio in præſenti hypotheſi contrariò ceſſat, primò, quia maius patrimonium Auiæ, maioreſq; diuitiæ magis dignam eandem conſtituūt, vt conſiderauit *Sacrum Conſilium Neapolitanum apud Matthæum de Aſſlictis deciſ. 281. in fine*, vbi in concurſu matris, & Auiæ ad tutelam filiorum, & reſpectiuè nepotum decreuit matri conferendam eſſe, addita ratione, *quia mater ditior erat*, ergo exiſtente Auia ditiore ipſi potius erit conferenda tutela, tum quia ſecuritati pupillorum magis erit conſultum; tum quia erit ſpes maioris lucri quoad eoſdem pupillos. Fateor hanc rationem ſecundum ſe, & nudè ſumptam non eſſe adeo conuincentem, vt penitus noſtram reſponſionem euincat; ſi tamen coniungatur cum alijs fortiorem vim ſortietur; ſecundo, quia ſtante ſedulitate, & accurrato iudicio in Auia, dexteritate in rebus agendis, & curæ domeſticæ ſollicitudine, & ex aduerſo in matre prolixitate in pompis, lubricitate in delitijs, neglectu in domeſticis ſedulius conſulitur vtilitati, & indemnitati pupillorū per tutelam Auiæ, quam per tutelam matris; tertio, quia ſtante, quod mater deſeruit filios præcedentium matrimoniorum non eſt præſumenda, quod ſollicitè vacare velit curæ filiorum vltimi matrimonij, *arg. textus in c. ſemel de regul. iur., & textus in auth. de nupt. §. ſi vero n. 23. in princip., & l. lex verſ. lex enim non ſolum C. de adminiſt. tut.*; ex aduerſo, eum Auia ſemper ſeruauerit viduilem caſtitatem, & rebus ſuis conſuluerit, præſumitur accuratius rebus pupillorum

Aliæ rationes pro eadē reſponſione.

conſultura, ergo &c.

4 Hæ rationes, quamuis diuiſæ non conuincent, coniunctæ tamen habent magnam vim.

Hæ omnes rationes, quamuis diuiſæ fortè non poſſent perfectè concludere, collectæ tamen videntur inducere ius potius Auiæ, quam matri; vndè meritò concluſiſſe videtur Excellentiſſimus Mediolani Senatus in prænarrata cauſa inter Dominam Felicitam Zanatam Auiam paternam, & Dominam Iuliam Beccariam matrem, quantumuis fortè non d. Domina Iulia mater non eſſet procliuis ad vanitates, & muliebres pompas, & negligens curæ domeſticæ, ſecundum caſum in abſtracto per nos efformatum.

Addo pro maiori corroboratione reſponſionis noſtræ, quod Iudex non obſtante diſpoſitione teſtamentaria poteſt de alio tutore diſponere, quando norit, hoc ceſſurum in vtilitatem pupilli, per textum *in l. 1. ff. vbi pupill. educ. deb. l. facultas C. de iur. fiſc. lib. 10., Baldus conſ. 229. lib. 4.*, & hoc ea ratione, quia Iudex magis debet attendere vtilitati pupillorum, quam teſtatoris voluntati. Ex quibus ſic arguo. Ex genere ſuo tutor teſtamentarius præfertur cuicunq; legitimo, & datiuo, & etiam matri, & Auiæ, & nihilominus apparente vtilitate pupilli poteſt Iudex alium conſtituere, ergo etiam, ſi mater ex genere ſuo habet prælationem ad auiam, ſi tamen apparebit ex enunciatis capitibus auiam futuram eſſe longè maioris vtilitatis, ac ſit mater, illa iſti erit per Iudicem præferenda, *arg. eorum, quæ habentur in l. in confirmando per totum ff. de confirm. tut., & in l. vtilitatem ff. eod. Spino in ſuo Specul. teſtam. Gloſ. 29. num. 15.*, Ibi- *& ſic Iudex*; nec obſtat, quod verba legis expreſsè præferant matrem auiæ quoad tutelam filiorum ſuorum; Non obſtat, inquam, quia potius ratio legis attendenda eſt, quam verba; Ratio autem legis eò tendit, vt melius conſulatur indemnitati pupillorum, qua ceſſante in matre, & vigente in auia, non eſt, cur iſta non ſit illi præferenda.

---

§. XXVII.

An tutor datus ab extraneo in teſtamento pupillo inſtituto hærede præferendus ſit legitimo, & matri.

SVMMARIVM.

Exponitur ſeries facti in ſuis terminis. 1.
An tutor ab extraneo datus pupillo hæredi inſtituto dici debeat datiuus, an teſtamen-

mentarius. 2.
Sententia asserens dicendum esse datiuum. 3.
Sententia docens, nec purè esse testamentarium, nec purè datiuum, sed mixtum. 4.
Tutor sic per extraneum datus est præferendus legitimis, & etiam Matri, & Auiæ. 5.
Ratione institutionis persona instituta subiectatur instituenti. 6.
Tutor ab extraneo institutus videtur solum habere administrationem bonorum ab eo relictorum. 7.
Si tamen apposuerit conditionem, vt extendatur ad omnia, & hæreditas fuerit adita cum illa conditione, ad omnia extenditur. 8.

DIsquisitio XXVII. Quamuis tutor in testamento nequeat ab extraneo pupillo constitui; cum hic non intelligatur sub illius potestate, si tamen eundem pupillum instituerit hæredem, dictum est in præcedentibus *sub hoc eod. tit. de tut., & curat. prænot.5. assert. 5.*, quod possit eidem tutorem constituere, quod etiam firmarunt *Montanus de tut., & curat.c.8.n.37., & seqq., Rota Romana part. 9. recent.decis.171. nu. 1., & seqq. per textum in l. si patronus ff. de confirm. tut.* Modo insurgit difficultas, an tutor sic ab extraneo constitutus in testamento sit præferendus tutoribus legitimis, & etiam Matri, & Auiæ.

1 Factum dilucidatum.

Hæc difficultas pendet ab illa quæstione, an tutor ab extraneo constitutus instituto pupillo hærede dicendus sit propriè testamentarius, an verò datiuus; si enim sit testamentarius, indubitati iuris videtur, quod non solum legitimis, sed etiam Matri, & Auiæ sit præferendus ex generali regula, secundum quam testamentarius omnibus præfertur; si verò è contra fuerit datiuus, videntur eidem legitimi, & à fortiori mater, vel auia præferendi.

2 Tutor datus ab extraneo, an dicendus sit testamentarius, an datiuus.

In præcedentibus *sub hoc eodem titulo de tut. & curat. prænot.5.assert.4. in probat. eiusdem* loquentes de tutela data per matrem filijs suis impuberibus in testamento, quando eosdem pupillos hæredes non instituit diximus, eandem tutelam esse potius datiuam, quam testamentariam; sed ibi non discussimus, quid sit sentiendum, quando mater, quæ testamento tutorem dedit liberis suis impuberibus, eosdem simul instituit, & licet ibidem *prænot.5. assert.5.* diximus, etiam extraneos posse alienis filijs constituere tutorem, si ipsos hæredes instituerint, non tamen definiuimus, an talis tutor sic constitutus dicendus sit testamentarius, an datiuus, quod modo discutiendum remanet, vt aperiatur via resolutioni istius disquisitionis.

Gratianus *discept. for. c.462.num.25.& seqq.* absolutè asserit, datiuum esse dicendum, cum indigeat Iudicis confirmatione per ea, quæ nos etiam docuimus *d. prænot. 5. assert. 5. vers. sed an tutor* per textum *in l. Pater ff. de testam. tut. & l. mater C.eodem tit.*, & si tutela data a matre in ordine ad filios suos impuberes, quos etiam hæredes instituit, indiget confirmatione per ea, quæ *ibid. assert.4.* commendauimus, non erit, cur a fortiori non sit confirmanda tutela data ab extraneo; Hoc autem operatur confirmatio Iudicis, vt ab ipso debeat huiusmodi tutela effectum sumere, & denominationem per textum *in l. si qui priore ff. ad Trebel. §. si quis priore Instit. quib.mod. testam.infirm., Salicetus in l.2.§.2. ad med. C.de confir.tut., Siluester in §.vlt.num.29. post medium vers. quid tenendum Instit.de tut., Dinus in l. qui à Patre ff.de confirm.tut., Bartolus in l. iure in fin. ff.de testam. tutel., Nicolaus Picolominus Senensis in suis qq.cas. 1. q.3. in princip.* Asserit tamen idem *Gratianus ibid. num. 30.*, quod, quantumuis talis tutor simpliciter dicendus sit datiuus, nihilominus in pluribus participet de testamentario, quæ ibidem enumerat.

3 Sententia asserens potius dicendum esse datiuum, quā testamentarium.

Rationes pro hac sententia.

Alij, inter quos *Baldus in l.2. C. de confirm.tut., & Mising. in §. fin. Instit. de tutel.*, asserunt, nec purè esse datiuam, nec purè testamentariam, sed mixtam ex vtraque, adeout, quatenus indigeat confirmatione, dicatur datiua, quatenus verò est cum prælatione comparatiuè ad omnes legitimos, & etiam ad Matrem, & Auiá, si data fuerit per testatorem extraneum institutis pupillis hæredibus, dicatur testamentaria; quæ tamen opinio, si medullitus attingatur, non est diuersa a prima, nisi in modo loquendi.

4 Sententia asserens, nec purè esse testamentariū, nec datiuum, sed mixtum.

Memini, me de hac quæstione in præcedentibus peregisse in terminis tutoris dati à Patre in testamento minus solemni, circa quam, quamuis requireretur confirmatio, dixi adhuc haberi pro testamentario, eo quia actus confirmationis cognita idoneitate confirmati sit necessarius; Sed, an ibi dicta sint pariformitèr extendenda ad tutorem datum per extraneum in testamento in ordine ad pupillos, quos hæredes instituit, id est, quod mouet præsentem quæstionem, & negat idem *Gratianus d.c.462. num.25.* propter eam rationem, quod indigeat Iudicis confirmatione, & inquisitione, quod etiam nos firmauimus in terminis tutoris dati a Matre in testamento *sub hoc eod.tit. prænot.5.num.13.* Quibus suppositis.

Respondeo, tutorem sic per extraneum datum in testamento in ordine ad pu-

pillos, quos hæredes inſtituit, præferendum eſſe legitimis, & etiam Matri, & Auiæ *Bartolus in l. 1. num. 6. ff. de confir. tut.*, *Salicetus in l. vlt. num. 1. C. quando mul. tut. offic. fung. poteſt*, *Cinus in l. 2. in fine C. de confirm. tut.* Idipſum ſentit *Gratianus diſcept. for. d. c. 462. num. 31.*, quantumuis ex alio capite ſentiat huiuſmodi tutorem dicendum eſſe datiuum, quod probat per textum *in l. idem fiet ff. de teſtam. tut.* Secundum principia, quibus aſſeritur huiuſmodi tutorem dicendum eſſe teſtamentarium vix hæc reſponſio videtur poſſe habere difficultatem, cum ex generali regula teſtamentarius quibuſcunq; præferatur etiam Matri, & Auiæ per antecedentèr allegata, & probata. Quoad aliorum principia aſſerentium eſſe datiuum vel mixtum idem aſſerendum arbitrantur, quandoquidem aſſerunt, vel ideo eſſe mixtum, quia eſt præferendus ad normam teſtamentarij, vel in hac parte habere priuilegium teſtamētarij, quatenus de eodem participat, vt ſignāter affirmat *idem Gratianus loc. cit.*

5 Tutor ſic per extraneum datus eſt præferendus legitimis, & etiam Matri, & Auiæ.

Sed hic oritur difficultas duplex. Prima eſt, quod, cum extraneus non habeat poteſtatem ſuper perſonam pupilli, non videtur poſſe eidem tutorem conſtituere, quia, cum tutela detur principalitèr perſonæ, & rebus ſolum ſecundario, non videtur poſſe dare in perſonam non ſubiectam, & propterea ſolū rebus, adeoq; ſolum vt curatorem, non formalitèr vt tutorem. Secunda, an, ſi pupillus habeat alia bona ab illis hæreditatis collatæ per extraneum, tutor per hunc extraneum datus extendatur ad illa bona, quæ pupillus habet independenter ab illa hæreditate?

1 Duo dubia propoſita.

In ordine ad primam pleraque diximus *ſub hoc eod. tit. de tut. & curat. prænot. 5. ſub aſſert. 4. verſ. difficultas ſolummodo aliqua*, & præcipue loquendo de Matre, cum ipſa ratione inſtitutionis filij in propria hæreditate tutorem conſtituerit in teſtamento, videatur aſſignaſſe vniuerſitati bonorum, cum hæreditas ſit quoddam ius vniuerſale, quando autem vniuerſitati bonorum ſit aſſignatio, iuſta eſt tutoris datio per *gloſam in §. certæ autem res Inſtit. qui teſtam. tut. dar. poſ.*, & ſimul comitatur perſonam, cui datur. Dici etiā poteſt, quod ratione inſtitutionis in perſonam pupilli factæ idem pupillus conſtituatur quoquo modo ſub poteſtate cōſtituentis, quantum ad hunc effectum, vt eidem poſſit tutorem conſtituere.

6 Ratione inſtitutionis perſona inſtituta ſubiectatur inſtituēti.

In ordine ad ſecundam *Gratianus diſcept. for. d. c. 462. num. 32.* aſſerit, quod tutor datus in teſtamento per extraneū pupillo inſtituto hæredi habeat ſolum adminiſtrationem in illis bonis, quæ prouenerunt ab extraneo teſtatore, nec in alijs bonis aliunde prouentis habere poſſit adminiſtrationem, prout notat *Bartolus in l. ſi patronus in princip. & ibi Albericus in fine ff. de confirm. tut.*, *Aret. in §. permiſſum num. 3. in fin. Inſtit. de tutel.*, quod certè valde probabile exiſtimo, cum ipſe extraneus nullam in illis bonis habeat poteſtatem. Quod, ſi dicatur, quod ratione inſtitutionis, & conſtitutionis tutoris videatur ipſe extraneus voluiſſe, quod in omnibus pupillus inſtitutus ſubderetur eidem tutori ab ipſo conſtituto, nam ſine tali ſubiectione non inſtituiſſet; ſtatim erit impugnatio, nam videndum eſt, an de facto talem conditionem apposuerit, an non; ſi non appoſuit, non eſt, cur inſtitutus debeat eadem grauari; ſi verò appoſuit cum expreſſione priuationis hæreditatis, ſi talis conditio non fuerit adimpleta, tunc, ſi eum conſenſu coniunctorum eidem pupillo fuerit hæreditas adita, probabile eſt, quod tutor datus ab extraneo extendatur etiā ad bona aliunde eidem pupillo obuenta, cum expediat eidem pupillo potius habere illum tutorem cum illa hæreditate, quam habere alium ſine illa.

7 Tutor ab extraneo in teſtamento datus videtur ſolum habere adminiſtrationē in bonis per eum relictis.

8 Si tamen appoſuerit conditionem, vt extendatur ad omnia, & illa conditio fuerit acceptata extenditur etiā ad alia.

---

§. XXVIII.

Quid agendum, ſi conſtituatur à teſtatore extraneo tutor pupillo inſtituto hæredi, ſi idem pupillus habeat alium tutorem à Patre, vel ab alio conſtitutum.

SVMMARIVM.

Senſus difficultatis dilucidè expoſitus. 1.
Rationes ſuadentes datum ab extraneo in hac hypotheſi non ſubſiſtere. 2.
Tutor ille ſic per extraneum datus ſubſiſtit, nec excluditur per priorem datum à Patre. 3.
Ex genere ſuo non repugnant plures tutores teſtamentarij. 4.
Quomodo ſe gerere debeant huiuſmodi tutores in ordine ad bona, & perſonam pupilli. 5.
Poteſt etiam dici, quod datus ab extraneo habeatur, vt curator. 6.

DIſquiſitio XXVIII. Occubuit Antonius relicto filio impuberi, quem hæredem inſtituit, eidemque teſtamento conſtituit tutorem Andræam. Poſtmodum deceſſit Carolus perſona extranea, qui eundem filium impuberem vocauit hæredem ſuorum bonorum, & ſimul, &

1 Exponitur quomodo ſumendus ſit titulus.

ſemel

semel alium tutorem in testamento assignauit. Hic orta fuit controuersia, an tutor ille ab extraneo datus subsisteret, & excluderet priorem datum à Patre, an verò non subsisteret, & excluderetur à tutore paterno, an tandem vterque subsisteret, & vterque admittendus, & in hoc tertio casu, an vterque admittendus in solidum, & pro indiuiso, an verò vnusquisque tantum pro sua parte ad normam hæreditatis illius, à quo vterque est constitutus?

Ex regula generali, qua dicitur, quod tutorem habenti non possit tutor constitui per testum *in l. interdum*, *& ibi Portius, & Franciscus Balduinus Instit. de curat.*, *Corneus cons. 281 num. 6. lib. 1.*, *Castrensis cons. 413. num. 1. vers. tertio lib. 2.*, vnde etiam dicitur, quod, si pupillus diffusum habeat patrimonium in diuersis locis, ita vt vnus tutor administrationi non sufficiat, non possit dari alius tutor, sed tantũ curator, etiam si mater, vel auia hunc petierint *Andreas Barbatius cons. 6. num. 9. lib. 3.*, *Additio ad Portium tit. Qui testam. tut. dar. num. 3.*, videtur etiam dicendum, quod secundus tutor per extraneum dari non possit, adeoq; si fuerit datus, non subsistat, vnde meritò scribit *Angelus in d. §. interdum num. 2. Instit. de curat.*, quod, si prior iure datus fuerit non valeat datio alterius, nisi illo priori remoto adinstar electionis, quæ non potest secundo fieri, nisi priore cassata *c. considerauimus*, *& c. auditis extra de elect.* His tamen non obstantibus.

2 Sententia asserens ab extraneo datũ tutorem in hac hypothesi non subsistere.

Respondeo, tutorem illum sic datũ per extraneũ institutorem pupilli in sua hæreditate subsistere, nec excludi per priorem tutorem constitutum in testamento a Patre. In hanc responsionem consentire videntur *Immola in l. cum filio ff. de legat.*, *Gualdensis in tract. caut. vltim. vol. tit. de tutore*, *Montanus de tut. & curat. c. 24. num. 19.*, dum dicunt, quod, si mater velit instituere filium suum hæredem, sed nolit bona eidem relinquenda per tutorem eidem filio à Patre in testamento constitutum administrari, possit aliquem ex suis necessarijs hæredem instituere, eundemque rogare, vt filio suo cum ad pubertatem venerit plenè restituat; tunc etenim scriptus hæres à Matre erit nudo nomine hæres, sed in re tutor, qui administrabit, quandiu filius erit pubes, & facto puberi hæreditatem restituet cum fructibus perceptis nulla etiam Trebellianica deducta, quod probant per textũ *in l. fideicommissi §. cum Pollidius ff. de vsuris*; in quo casu, eum ille non habeat nisi nomen nudum hæredis, & sit verè tutor, sequitur, quod existente etiã tutore dato à Patre in testamẽto possit alius tutor per extraneum constitui, se deferat hæreditatem suam pupillo, quamuis apparenter hic vestiatur nomine hæredis. Rationem assertionis ex eo deduco, quia ex genere suo non repugnant plures tutores testamentarij simul constitui etiam in ordine ad eadem bona, ergo neque esse potest repugnãtia, quia diuisim in ordine ad diuersa bona plures constituantur; non enim video, ex quo possit consurgere hæc repugnantia constitutionis alterius post primum constitutum, quando à pluribus, & in ordine ad diuersa bona est constitutio; non enim potest prouenire à pluralitate, cum simul plures possint constitui, neque à successiua constitutione, cum sit in ordine ad diuersa bona, quæ successiuè acquiruntur; Neque dicas primo, prouenire ex natura eiusdem tutelæ, quę ex genere suo extenditur ad omnia bona pupillorum, siue existentia, siue futura; secundo ex eo, quod tutela principalitèr refertur ad personam, & nonnisi secundariò ad bona, quod verificari nequit in constitutione secundi, cum hic nequeat referri ad personam pupilli, tum quia hæc est adæquatè subiecta primo; tum quia constitutoq; secundi nullam habet potestatem in personam filij. Tertio ex eo, quod inanitèr iura, & DD. supra allegati confinxissent illum modum constituendi hæredem aliquem ex suis necessarijs rogando eum ad restituendam hæreditatem pupillo, cum deuenerit ad pubertatem, quando hic pupillus habet alium tutorem constitutum à Patre, si directè, & immediatè Mater, vel extraneus nolens bona sua administrari per tutorem datum à Patre, posset tutorem in ordine ad bona per ipsam, vel ipsum relinquenda constituere; Contra enim impugnaberis, quia quoad primum certum est, quod, quando tutor simpliciter datur alio non obstante intelligatur datus ad omnia, hoc tamen non verificatur quoad bona, quæ ex alio capite prohibentur sub tali tutela venire, prout in casu nostro obstante voluntate extranei secundo instituentis hæredem pupillum sub illa conditione, ne sua bona administrentur per tutorem à Patre constitutum; potuit enim hic quamcunque legem sibi beneuisam rebus suis imponere; Quoad secundum dico, non repugnare personam pupilli ex duplici capite duobus quoad gubernium subiectari; sicuti enim possunt eodem testamento duo, vel plures tutores constitui, ita non video, cur non possint duo in duobus testamentis dari; & licet persona pupilli secundum se non subijciatur

3 Tutor ille sic ab extraneo datus subsistit, nec excluditur per priorem datum à Patre.

4 Ex genere suo non repugnãt plures tutores testamentarij.

Soluuntur rationes, quæ in contrarium afferuntur.

Non repugnat, quod eadem persona ex duplici capite quoad gubernium duobus subijciatur.

ciatur

ciatur extraneo instituenti, potest tamen subijci ratione institutionis, vt videre est, quando nullo existente tutore testamentario per extraneum institutorem tutor constituitur, tunc etenim regularitèr concedunt, quod talis tutor sustineatur, & tamen antecedentèr idem pupillus non erat sub eiusdem extranei potestate. Quoad tertium dico, nos non debere curare de modo, quando substantia saluatur; cum etenim DD. præallegati afferant, quod ille in re sit propriè tutor, & solum habeat nudum nomen hæredis, certè sentiunt, in tali hypothesi tutorem subsistere; si etenim non subsisteret, nec palliato nomine sustineretur, sicuti, quãdo v.g. vsuræ alio titulo palliantur, non sustinentur. Quod, si inquiras, cur allegatus textus *in d. l. in fideicommissi §. cum Pollidius ff. de vsuris*, & DD. allegati finxerint illum modum instituendi hæredem aliquem ex coniunctis cum onere restituendi hæreditatem pupillo, cum ad pubertatem peruenerit, in quo casu dicitur, quod in substantia ipse constituatur tutor, licet palliatus nomine hæredis, & non potius dixerint, eum tutorem constitui sine illo palliato nomine, si verè tutor poterat constitui? Tunc dicam, id ibi per textum, & per DD. statutum, quia agebatur de fideicommisso sub talibus terminis, non de tutore.

Quomodo autem in hypothesi hac gerere se debebunt huiusmodi tutores constitutus, scilicet à Patre, & ab extraneo?

5 Quomodo se gerere debeant huiusmodi tutores in ordine ad bona, & personam pupilli.

Dic in ordine ad bona, constitutum à Patre debere administrare bona à Patre relicta, & si quæ alia filio obuenerint, constitutum verò ab extraneo, bona, quæ ab eodem obuenerunt, non alia; In ordine verò ad personam pupilli vtrunque promiscuè, sed in discrepantia potius deferendum esse tutori paterno, quam tutori per extraneum constituto.

Quod, si hæc quoad gubernium personæ pupilli non arrident, dicere poteris, nec incongruè constitutum ab extraneo congruentius dicendum esse curatorem iuxta ea, quæ docet *Camanus in l. vlt. in fin. ff. de confirm. tut.* vbi, quod tutor datus ab extraneo est tutor, sed non habet administrationem in omnibus, vnde dabitur quoad alia bona curator; ex quibus deduco, quod, si alius per Patrem constitutus fuerit tutor pro pupillo, & ipse ab alio constituatur, fit vt curator quoad bona ab illo alio relicta habendus.

6 Potest etiam dici, quod datus ab extraneo fit curator.

§. XXIX.

An competat via executiua, quando agitur pro confirmatione tutoris dati ab extraneo instituente pupillum hæredem.

SVMMARIVM.

Exponitur status disquisitionis. 1.
Discrimen, quod intercedit inter tutorem datum à Patre in testamento minus solemni, & datum à Matre, vel extraneo. 2.
Probabilius non militat via executiua pro confirmatione huius tutoris. 3.

DIsquisitio XXIX. Dictum est in præcedentibus, quod extraneus instituens pupillum hæredem suorum bonorum possit eidem in testamento constituere tutorem, qui tamen tutor, vt possit administrare, debeat confirmari à Iudice. Mortuo eodem extraneo petitum fuit, vt immediatè tutor datus per eundem extraneum admitteretur ad administrationem tutelæ non obstante, quod mater pupilli ipsum præuenerit. Quæsitum hic fuit, an competat via executiua pro ipso confirmando, & immittendo in possessionem tutelæ quodamodo in executionem testamenti?

1 Sensus disquisitionis expositus.

In precedentibus hoc discrimen agnouimus inter tutorem datum à Patre filijs impuberibus in testamento minus solemni, seu rupto, & inter tutorem datum à Matre, vel extraneo, qui instituerunt pupillos hæredes suorum bonorũ, quod ille sit confirmandus à Iudice, non tamen indigeat inquisitione; iste verò, & indigeat confirmatione, & inquisitione cum causæ cognitione per textum *in l. 1. vers. & siquidem Pater, & ibi Azon. in verb. si autem alius quis ff. de confirm. tut. Glosa in l. si patronus 4. in verb. sequendum ff. eod. tit. per textum expressum in l. qui tutelam 28. in fine, & ibi Glosa in verb. impuberi ff. de testam. tut., & in l. iuris peritos 33. §. vlt. ff. de excus. tut.*, & quamuis quoad tutorem datum à Matre in testamento videatur militare eadem ratio, quæ militat pro tutore dato a Patre in testamento minus solemni, nempe par affectio in Matre, & fortè maior, quam in Patre; nihilominus, quia in Matre non præsumitur illud maturum iudicium, & prudens consilium, quod supponitur in Patre, ideo quoad datum à matre requiritur ista inquisitio, prout concludunt *Siluester in §. vlt. num. 35. Instit. de tutelis*

2 Discrimẽ, quod intercedit inter tutorem datum à Patre in testamento minus solemni, & datum à Matre, vel extraneo.

Glos.

Glos. Instit. de satisd. tut. in princip. in verb. approbata, hocque etiam videtur colligi ex textu in l. 1. & 2. ff. de confirm. tut. Quibus positis.

3 Respondeo, probabilius non competere viam executiuam pro confirmando huiusmodi tutore. In hoc consentiunt *Baldus in l. 2. ad med. vers. quidam sic distinguit C. de confirm. tut.* per textum *in l. tutores non ab hærede ff. de testam. tut.*, *Gratianus discept. for. c. 462. num. 36.*, quam opinionem asserit passim admitti ab omnibus, quamuis *Bartolus in l. si patronus ff. de confirm. tut.* concludat tutorem datum per extraneum in testamento non indigere inquisitione. Rationem ex eo deduco, quia, vbi ad complementum operis necessaria est inquisitio cum causæ cognitione, ibi non potest esse via executiua, cum executionem debeat præcedere talis inquisitio, & cognitio; iuxta præmissa autem, quando tutor datus est ab extraneo, vel à Matre in testamento, necessaria est inquisitio circa mores, & personam constituti, an scilicet apta sit ad tale munus, & facultatibus idonea, & an expediat impuberi illam habere; vnde docent *Bartolus in l. tutores in fin. ff. de confir. tut.*, *Silvester in d. §. vlt. in fin. num. 37. Instit. de tut.*, quod Iudex, antequam confirmet debeat pronuntiare illum tutorem esse idoneum, adeoque non potest pro eius confirmatione competere via executiua.

Probabiliter non competit via executiua pro confirmatione huius tutoris.

Rationes pro hac assertione

Neque in hac parte audiendus videtur *Bartolus in d. l. si patronus ff. de confirm. tut.* asserens tutorem datum in testamento per extraneum pupillo instituto hærede confirmandum esse absque inquisitione, & eidem statim concedendam administrationem bonorum per dictum extraneum relictorum eo, quia, cum ipse extraneus eundem approbauerit, vt idoneum ad res suas administrandas, potuit velle, vt non nisi per illum administrarentur, quousque pupillus ad pubertatem perueniret, & eius approbationi simpliciter standum videtur, cum non sit præsumendum res suas homini infido, & minus apto committere voluisse. Non, inquam, est audiendus, tum quia in hoc communiter Bartolus ab omnibus alijs reijcitur; tum quia non solum ille tutor constituitur administrator bonorum per ipsum extraneum relictorum, sed etiam custos personæ pupilli, in ordine ad quam custodiam iura maximè prospicientia indemnitati pupillorum, quando tutor non est constitutus à Patre, non solum confirmationem, sed vlterius inquisitionem requirunt, adeoque non est, cur, antequam ille tutor sic datus suscipiat administrationem, non debeat subesse eidem inquisitioni quoad mores, conditiones, facultates, & alia requisita ad tale munus.

Soluuntur rationes contrariæ.

Constituitur etiã custos personæ

Maiorem vim aduersus hanc nostram responsionem videntur habere ea, quæ in præcedentibus nos diximus iuxta aliquorum sententiam, nempe tutorem sic per extraneum datum pupillo instituto hærede potius dicendum esse testamentarium, quam datiuum, adeoque in executionem testamenti confirmandum esse, cum confirmatio veniat executiuè ad testamentum. Sed hæc etiam non videntur obsistere, nam dato etiam, quod sit testamentarius, non tamen talis dici debet simpliciter, sed quodamodo conditionatè, si scilicet per inquisitionem idoneus fuerit inuentus, qua supposita idoneitate necessariò est per Iudicem confirmandus; & hoc attenta qualitate personæ constituentis talem tutorem, quam personam iura quidem approbant, vt possit constituere, sed cum certis conditionibus, si scilicet Iudex constitutum per ipsum idoneum reperit, & sicuti ex eo, quod iura in tutore dato per patrem in testamento minus solemni requirunt confirmationem, sine qua non potest administrare (quod etiam requiritur in tutore dato à Matre, & ab extraneo in testamento supposita illa institutione) non tollitur, quin ille sit testamentarius, ita ex eo, quod eadem iura requirant in tutore dato, vel per Matrem, vel per extraneum inquisitionem, non tollitur, quin comperta per talem inquisitionem idoneitate in ipso, adhuc non sit dicendus testamentarius; Ex quibus sequitur, quod licet sit testamentarius, quia tamen non est talis simpliciter, sed conditionatè, supposita scilicet inquisitione non habeat viam executiuam pro sua confirmatione obstante onere talis inquisitionis.

Soluitur etiam alia ratio opposita.

---

§. XXX.

An tutor testamento datus, si ignorans se datum esse, gesserit negotia pupilli, teneatur actione tutelæ, & gesta per eum teneant.

SVMMARIVM.

Sensus disquisitionis expositus. 1.

Refertur textus in l. 1. ff. de eo, qui pro tut. 2.

Hic tutor sic datus, sed ignorans se datum, si gessit, tenetur quidem, sed actione protutelæ. 3.

Idem

Idem intellige, si esset dubitans, se datum esse tutorem. 4.

Si durante impubertate cognouerit se datum esse tutorem, & adhuc administrauerit tenetur actione tutelæ pro gestis tàm ante, quàm post cognitionem. 5.

Si ignorans se datum esse administrauerit, & alienauerit bona pupilli potest pupillus ea reuocare, si non fuerint vsucapta. 6.

Vsucapio ad effectum, vt non possit reuocare, debet esse post pubertatem acquisitam. 7.

1 Series quæsiti explanata

DIsquisitio XXX. Condito suo vltimo testamento Caius filijs suis impuberibus constituit tutorem Andræam, qui nescius suæ constitutionis, seu se esse constitutum tutorem negotia pupillorum gessit. Hic orta fuit controuersia, an pro gestis teneatur, vt tutor, & an per ipsum gesta teneant.

2 Refertur textus in *l. 1. ff. de eo, qui pro tut.*

In textu *in l. 1. ff. de eo, qui pro tutore, vel curat. neg. gef.* expresse habetur, quod, *cum plerumque incertum sit vtrum, quis tutor, an vero quasi tutor pro tutore administrauerit, idcirco in vtrumque casum Prætor actionem scripsit, vt siue tutor sit, siue non tutor, qui gessit actione tamen teneatur*, quod vlterius prosequens subdit, *Pro tutore autem negotia gerit, qui munere tutoris fungitur in re impuberis, siue se putet tutorem, siue scit non esse, fingit tamen esse.* Sed quæ, & qualis sit hæc actio, quam prætor scripsit, ibi non exprimitur.

Hic tamen aduerto, quod casus, in quo, seu secundum quem procedit noster titulus, non videatur saltem expresse contineri *in d. l. 1.*, nam in hoc textu multi distinguuntur casus; & primo, cum quis credit se esse tutorem, cum non sit; secundo, quando scit se nõ esse tutorem, fingit se tamen esse, & administrat, & in vtroque casu dicitur, quod teneatur actione; subdit deinde alios casus dependentes ab istis duobus enumeratis; in nullis autem ex ijs enumeratur casus, quo quis re vera datus sit tutor in testamento, sed ignoratur ab ipso, an sit datus; vnde de hoc in specie instituitur quæstio; pro qua

3 Tenetur tantum, si gessit, actione pro tutelæ.

Respondeo primo, hunc tutorem sic datum, & ignorantem teneri quidem, sed non formalitèr, vt tutorem, sed actione protutelæ. Hoc expresse asserit *Joannes Gutierez de tut., & curat. part. 2. c. 17. n. 7.*, & expresse colligitur ex textu *in l. quæro, an is ff. de eo, qui pro tut., & curat. neg. gef.*, vbi exposito casu nostro in proprijs terminis subditur. *Non puto teneri quasi tutorem, quia scire quoque se tutorem esse debet, vt eo affectu negotia gerat, quo tutor gerere debet*; quod adeo verum est, vt non solum quando simplicitèr ignorans est, teneatur solummodo actione protutelæ, sed etiam quando est dubitans, prout notant *Baldus in l. falsas nu. 19. Cod. de furt. probat., Baeca de decim. tut. c. 7. sub num. 13., Ioannes Gutierez loc. cit.*

4 Idem intellige, si esset dubitans se datũ esse tutorem.

Sed quid dicendum erit, si, postquam ignorans se esse tutorem administrauerit, & durante impubertate cognouerit se verè esse tutorem à testatore constitutũ? An tunc tenebitur actione tutelæ, non solum pro tempore, postquam nouit, sed etiam pro tempore, pro quo ignorauit? Probabilius crederem, pro vtroque tempore in ea hypothesi teneri actione tutelæ, ne multiplicentur actiones, & cum gestio fuerit continuata, gesta pro priori tempore ignorantiæ transfunduntur in actionem subsequentem aliorum gestorum subsequentium. Hæc exemplificari possunt, & comprobari ex eo, quod habetur *in l. si nemo tutorem §. testamento datus posthumo ff. de testam. tut.*, vbi dicitur, quod, *si testamento datus fuerit tutor posthumo tutor nondum est tutor, nisi posthumus edatur &c. sed, si quid planè gessit post editum partum, de eo quoque, quod ante gessit, tutelæ iuditio tenebitur, & omnis administratio in hanc actionem veniet.* Si igitur in casu *d. l. si nemo*, tutor ante editum partum non est propriè tutor, & tamen, si quod gesserit post partum tenetur etiam pro gestis antecedentèr ad partum actione tutelæ ratione illius continuationis; etiam ex paritate rationis in nostro casu tutor datus testamento ignorans se datum esse, licet pro tempore ignorantiæ non habeatur proprie, vt tutor, si tamen aliquid post cognitionem gesserit, tenebitur etiam pro gestis antecedentèr actione tutelæ ratione eiusdem continuationis.

5 Si durante impubertate cognouerit se esse datum tutorem, & adhuc administrauerit, tenetur actione tutelæ pro gestis tàm ante, quã post cognitioné.

Respondeo secundo. Si tutor testamento datus ignorans se datum esse administrauerit, & in administratione res pupilli vendiderit, seu gesserit in damnum pupilli, potest pupillus eas, seu ea reuocare, si non fuerint iam vsucaptæ. Hoc videtur colligi ex textu *in l. si is, qui pro tutore ff. de eo, qui pro tut., vel curat. neg. ges.*, vbi expresse dicitur, quod, *si quis pro tutore negotia gerebat, cum tutor non esset, rem pupilli vendidit, nec ea vsu capta est, petet eam pupillus*; Cum ergo in casu nostro ille tutor testamento datus pro tempore, quo ignorabat se tutorem datum esse, non teneatur quasi tutor, prout habetur *in l. quæro ff. eod. tit.* Ibi *non puto teneri quasi tutorem* manifestè sequitur, quod etiam gesta per ipsum in alienatione rerum pupillarium possint, si

6 Si ignorans se datum esse administrauerit, & alienauerit bona pupilli, potest pupillus ea reuocare, si non fuerint vsucapta.

non

non fuerint vsucapta per eundem pupillum reuocari; Nec obstat, quod hic verè datus fuerit, licet ignoraret, ad diferentiam casus *in d. l. si is qui*, vbi dicitur, quod non esset tutor; Non obstat, inquam, quia, cum quoad actiones æquiparentur non esse tutorem, ac esse tutorem, sed ignorantem, cum in vtroque casu solum concedatur actio protutelæ, dispositio videtur locum habere æquè in vtroque, addita etiam ratione ponderata *in d. l. quæro ff. de eo, qui protutor. & curat.* Ibi, *quia scire quoque se tutorem esse debet, vt eo affectu negotia gerat, quo tutor gerere debet*; cum etenim defectu scientiæ præsumatur non gessisse affectu tutoris, vtique gestum censetur reuocabile, ac si esset gestum a non tutore.

Rationes pro hac resolutione.

Sed, cum dictum fuerit *ex ead. l. si is, qui ff. de eo qui protut.*, quod pupillus possit reuocare rem alienatam per non tutorem, qui protutore se gerebat, si non fuerit iam vsucapta, hoc intelligendum est dumtaxat, nisi fuerit vsucapta post pubertatem pupilli, quia non currit vsucapio pro tempore eiusdem impubertatis per textum *in l. bonæ fidei ff. de acq. rer. dom.*; vnde pro tempore impubertatis, vel etiam post pubertatem non elapso tamen tempore vsucapionis poterit vindicare, quia non est eadem protutoris, quæ tutoris administratio per textum *in l. 2. ff. de eo qui protut.*, quem textum ad hunc effectum ponderant *Baldus, Albericus, & Raphael ibid.*; vnde gesta à protutore non videntur habere vim contra pupillum, cum non habeat veram administrationem per textum *in l. qui neque ff. de reb. cor. & l. apud Celsum §. si quis tutor ff. de dol. except.*, *Baeca de decim. tut. c. 20. num. 5.*, & communitèr alij sequuntur.

7 **Vsucapio ad effectum, vt non possint reuocari, debet esse post pubertatem acquisitā.**

§. XXXI.

An Protutor teneatur solummodo pro eo, quod gessit, an verò etiam pro eo, quod non gessit.

SVMMARIVM.

Sensus difficultatis exponitur. 1.

Refertur dispositio textus in l. 1. ff. de eo qui protut. 2.

Considerabilia circa titulum. 3.

Si accesserit gesturus omnia, & aliqua omiserit in præiudicium pupilli, tenetur etiam pro non gestis. 4.

Tenetur pro non gestis, siue alius esset gesturus, siue non. 5.

Si accesserit gesturus tantum aliqua non tenetur quoad reliqua. 6.

Excipe, si alius esset gesturus, si ipse non gereret. 7.

Quid sentiendum sit in dubio, an accesserit omnia gesturus, an tantum aliqua. 8.

Si accesserit existimans se esse tutorem, cum verè non sit, secundum glosam non tenetur de omnibus, nisi in duobus casibus primo, si alius esset gesturus omnia; secundo, si incipit scire se non esse tutorem, & nihilominus perseuerat. 9.

Secundum veritatem non tenetur ad omnia. 10.

Cognito errore tenetur necessarios pupilli certiorare, vt tutorem petant, secus tenebitur. 11.

Si accedit sciens se non esse tutorem fingit tamen esse, tunc tenetur ad omnia. 12.

Quid sentiendum, si accessit vt spontaneus gestor. 13.

Discrimina, quæ intercedunt inter negotiorum gestorum, & tutorem. 14.

Si accesserit gesturus omnia tenetur de omnibus, si gesturus aliqua tantum, de illis tantum tenetur. 15.

Quomodo coniectari possit, quod accesserit ad omnia, vel ad aliqua tantum. 16.

Non concurrentibus rationibus pro vna potius parte, quam pro alia præsumendum est pro accessu ad omnia. 17.

Si accesserit gesturus aliqua tantum, cum alius æquè diligens esset gesturus omnia, qui ideo non gessit, quia ipse voluit aliqua gerere, tenetur de omnibus. 18.

Disquisitio XXXI. Ex textu *in d. l. 1. ff. de eo qui protutor, vel curat. neg. gest.* apparet, quod tàm ille, qui administrat tanquam tutor, cum non sit, quam ille, qui sit, se non esse tutorem, fingit tamen esse, actione teneatur. Modo supponimus, quod vterque, vel alter eorum in aliquibus gesserit, & in alijs non gesserit, & quærimus, an teneatur eadem actione, tam pro gestis, quam pro non gestis?

1 **Sensus tituli expositus.**

Plura ad hunc titulum pertinentia dicuntur *in d. l. 1. in verb. in protutela iudicio ff. de eo qui protut.*, & primo, quod, *si non attigerit tutelam, non teneatur*, addita ratione; *Neque enim attingere debuit, qui tutor non est*; per quæ verba meo videri solum indicatur, quod non teneatur actione tutelæ, non autem, quod non teneatur actione protutelæ, seu negotiorum gestorum, si verè administrauerit, quantumuis sine titulo. Secundo, quod, si quædam gesserit, & alia non gesserit teneatur quidem etiam pro non gestis, si alius gesturus fuisset. Tertio, quod, si postea cognouerit, se non esse

2 **Refertur dispositio textus *in l. 1. ff. de eo, qui protut.***

tuto-

tutorem, & abstinuerit ab administratione, teneatur adhuc de non gestis in cessatione ab administratione, si necessarios pupilli non certiorauerit, vt ei tutorem peterent.

Quoad secundum, in quo tota sita est
3 difficultas, notandum est, an protutor accesserit cum animo omnia gerendi, an cum animo dumtaxat gerendi aliqua, an in dubio, an accesserit gesturus omnia, vel quædam dumtaxat. Item, si accesserit cum animo gerendi aliqua tantum, an eius intuitu, seu contemplatione alius non accesserit ad reliqua gerenda, an verò etiam ipso aliqua gerente alius non esset accessurus? Item, an accesserit aliqua gesturus, cum alius æquè diligens esset gesturus omnia, an verò accesserit aliqua gesturus, cum alius esset solummodo gesturus pro reliquis, & non pro omnibus. Quibus prænotatis.

Considerabilia circa titulum.

Respondeo primo. Si accesserit gesturus omnia, & aliqua omiserit in præiudicium pupilli tenetur etiam pro non
4 gestis, seu omissis. In hanc responsionem consentiunt *Glosa in l. si pupilli §. vlt. ff. de negot. gest.*, *& alij ibidem communiter scribentes Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 2. c. 17. num. 6. vers. nihilominus*. Rationem ex eo desumo, quia, qui aliquod negotium gerendum sumpsit, tenetur, si illud opus neglexerit, & omiserit, vel in munere suscepto defecerit per textum *in d. l. 1. ff. de eo qui protut. & curat. neg. gest.*, quia non minus delinquit non gerendo, quam delinquat malè gerendo; ergo, si omnia negotia gerenda susceperit, & aliqua non gesserit in præiudiciū eius, pro quo gerit, tenebitur quoad non gesta, & omissa; Neque obstat, quod illa negotia spontè, & voluntariè gerenda susceperit, adeoque possit aliqua, & non omnia gerere, quia, sicuti potuit assumere, & non assumere, ita potuit aliqua gerere, & non alia. Non obstat, inquam, quia licet illud munus sit voluntarium in assumptione, non est tamen voluntarium in administratione post susceptionem quoad omnia, quia, quæ ante factum sunt libertatis, ex post facto sunt necessitatis.

Si accesserit gesturus omnia, & aliqua omiserit in præiudicium pupilli tenetur etiam pro non gestis.

Solutiones contrariorū.

Atque hæc verificantur, si accesserit omnia facturus, siue alius gesturus fuisset, siue non fuisset gesturus, prout no-
5 tant *Glosa in d. l. 1. in verb. alius ff. de eo qui protut. & curat. neg. gest.*, *& Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 2. c. 17 num. 6. vbi testatur de communi*, quia eo ipso, quod ipse assumpsit onus quoad omnia tenetur de omnibus; & quod alius non esset, non tollit, quin ipse defecerit in munere assumpto; vnde non est hic audiendus antiquus *Glossator in l. tutori*, *vt per glosam ibi verb. propria voluntas C. de negot. gest.*, qui voluit, quod spontaneus gestor quoad omnia tunc teneatur solum de neglectis, quando alius erat gesturus, secus, si alius non erat gesturus; Non, inquam, audiendus, quia obligatio gestoris desumitur ab onere, quod ipse assumpsit, non ab eo, quod alius esset gesturus, vel non gesturus.

Tenetur, siue alius esset gesturus, siue non gesturus.

Respondeo secundo. Si accesserit gesturus tantum aliqua non videtur teneri 6
quoad reliqua, si eadem omisit gerere. In hanc videntur consentire *Glosa in d. l. 1. in d. verb. alius ff. de eo qui protut.*, dum dicit teneri, si accesserit omnia gesturus, ex quo à contrario sensu videtur deduci, quod non teneatur, si accesserit aliqua tantum gesturus. Idipsum sentire videtur *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 2. c. 17.*, dum dictum commune restringit ad gestorem quoad omnia. Ratio ex eo deducitur, quia obligatio non extenditur vltra voluntatem se obligantis, cum spontaneè obligetur, non ex aliqua necessitate.

Si accesserit gesturus tantum aliqua non tenetur quoad reliqua.

Sed, an hæc, quæ dicuntur sub hac responsione, intelligenda sint simplicitèr, & in quocunque casu, siue alius esset gesturus, vel reliqua, vel omnia, sed omi- 7
serit contemplatione eiusdem gerentis aliqua tantum, siue non esset gesturus? *Bartolus, & Paulus in d. l. si pupilli §. videamus ff. de neg. gest.* dicunt, quod, quando accessit quædam tantum gesturus, teneatur etiam de alijs neglectis, si tria vel quatuor concurrerint; primum, quod alius esset gesturus omnia, secundum quod ille alius esset diligens; tertium, quod propter illum, qui gerebat, ille alius omiserit neglecta per eundem primum gerere, quartum, vt ille primus quorundam gestor nouerit alium esse gesturum, si ipse non gereret, quod quidem videtur congrue affirmari, cum expressè habeatur *in d. l. si pupilli §. videamus ff. de negot. gestis*. Ibi *Si quædam gessit, quædam non; contemplatione tamen eius, alius ad hæc non accessit, & si vir diligens (quod ab eo exigimus) etiam ea gesturus fuerit, an dici debeat negotiorum gestorum actione eum teneri; & propter ea, quæ non gessit, quod puto verius*; Monent tamen idem Bartolus, & Paulus, quod, si aliqua ex his conditionibus defecerit, gestor aliquorum non teneatur de neglectis; vnde in hoc casu defectus aliquarum ex his conditionibus currit textus *in l. tutori C. de negot. gest.* Ibi *Ac satis abundeque sufficit, si cui vel in paucis amici labore consuletur*.

Excipe, si alius esset gesturus omnia, si ille alius esset diligens, si hic alius omiserit, quia ipse gerebat, & si nouerit alium esse gesturū, si ipse non gereret.

Respondeo tertio. In dubio, an accesserit

ferit aliqua gesturus, an verò omnia, distinguendum est, vel accedit existimans

8 Quid sentiendum sit in dubio, an accesserit omnia gesturus, an tantum aliqua.

se esse tutorem, cum verè non sit; vel accedit, sciens se non esse tutorem, fingit tamen esse; vel accedit præcisè, vt spontaneus gestor. Si accedit existimans se esse tutorem, cum verè non sit; tunc *Glosa in d.l.1. in verb. alius ff. de eo qui protut. & tur. neg. gest.* asserit, protutorem in duobus casibus teneri de gerendis, scilicet, si alius erat gesturus omnia, & item, quando incipit scire se non esse tutorem, & nihilominus perseuerat, aliasnon; ex quibus

9 Si accesserit existimans se esse tutorem secundum glosam non tenetur ad omnia, nisi in duobus casibus.

videtur ex mente eiusdem Glosæ inferendum, quod, si non nouerit, se non esse tutorem, non teneatur ad omnia, & quoad gerenda, quia tunc, vt notat *eadem Glosa ibidem*, error eum excusat. Sed, cum re vera accesserit, vt tutor existimans se talem esse, & tutor, qua talis ex genere suo obligetur ad omnia, censendus est accessisse cum onere ad omnia, cum accesserit ex titulo obligante ad omnia; vnde Glosa intelligenda est procedere, quod scilicet teneatur protutor quoad omnia, si postquam nouit, se non esse tutorem, perseuerauerit in administratione, & gestione; secus, si cognito errore

10 Secundũ veritatem tamen tenetur ad omnia.

destiterit, quia tunc non tenetur quoad non gesta post talem cognitionem, & desistentiam, quod etiam expresè indicat textus ibidem. *Sed si cognito, quod tutor non fuit, abstinuit ab administratione.* Verum tamen est, quod cognito errore teneatur necessarios pupilli certiorare vt tutorem ei peterent, cæteroqui tene-

11 Cognito errore tenetur necessarios pupilli certiorare, vt tutorem petant, secus tenebitur.

bitur Ibi- *Videamus, an teneatur, si necessarios pupilli non certiorauerit, vt ei tutorem peterent, Quod verius est*. Si accedit sciens, se non esse tutorem, fingit tamen esse; tunc simpliciter censendum est, quod teneatur ad omnia, & gesta, & gerenda; tum quia, cum accesserit sub specie tutoris, cuius munus extenditur ad omnia, præsumendus est accessisse ad omnia, tum quia deliquit fingendo id, quod non erat, adeoque in pænam talis fi-

12 Si accedit sciens se non esse tutorem, fingit tamen esse tenetur ad omnia

ctionis simplicitèr damnandus est in ijs omnibus, ad quæ teneretur, si verè esset tutor; tum quia, sicuti *ex d.l.1. in verb. in protutelæ officio ff. de eo qui protut. & curat. negor. gest.*, si existimans, se esse tutorem, cum non sit, tenetur ad omnia etiam gerenda, si cognito, quod tutor non fuit, non abstinuit ab administratione, sed in

13 Quid sentiendum, si accessit, vt spontaneus gestor.

eadẽ perseuerauit, ita à fortiori tenetur, si sciens se non esse tutorem, nihilominus fingens se esse talem, administrauit vt talis. Si accedit vt spontaneus gestor, tunc maior est difficultas in decernendo, quid sit sentiendum in dubio, an accesserit gesturus omnia, an aliqua tantum?

Antequam procedam ad resolutionem præsentis difficultatis aduerte, plu-

14 Discrimina, quæ inter cedunt inter negotiorum gestorẽ, & tutorem.

res intercedere differẽtias inter tutorem, & negotiorum gestorem, & primò, quod tutor regularitèr tenetur ad omnia, cum eius officium sit necessitatis, negotiorum verò gestor solummodo ad ea, quæ ipse voluerit, cum eius munus sit voluntariũ; secundo, quod tutor omnia negotia necesse habet gerere, quousque eius finiatur officium per textum *in l. tutori C. de neg. gest.* Ibi, *quippe tutori quidem necessitas muneris administrationis finem facit* spontaneus verò gestor administrationem suam pro sua libertate finit per eundem textũ *in d.l. tutori* Ibi *Gestori autem propria voluntas finem facit*. Tertio aliud discrimen assignat *Glosa in d. l. tutori in verb. secundum quæ in fine*, quod scilicet tutor omnia sine mandato agit; gestor verò cætera sine mandato facit, non autem actionem exercet sine mandato. Aliud discrimen adde *ex eadem glos. in d. verb. secundum quæ*, quod tutor intentat actionem nomine pupilli, & si non facit, sibi imputatur, non sic vero gestor.

Aduerte secundo; hoc munus gestoris, cum sit voluntarium, quoad illud, an extendatur ad omnia, an ad aliqua tantum, pendere à præsumpta voluntate eiusdem, quam habuit ab initio, quando accessit; & licet *Glosa in d.l. tutori in verb. propria voluntas C. de neg. gest. secundum expositionem Ioannis* dicat, quod licet accesserit quasi omnia gesturus, non teneatur tamen nisi de gestis, non autem de

15 Si accesserit gesturus omnia tenetur ad omnia, si gesturus aliqua, ad illa tantum.

gerendis per textum *in l. nam, & seruius §. si viuo ff. de neg. gest.*; adeo vt in hoc etiam casu eius voluntas finem faciat, vt quæ vult, gerat, & quæ non vult, dimittat; ex quibus videtur deduci, quod non sit eius voluntas in principio habita ponderanda, cum possit pro libito variari; secundum tamen expositionem Guilelmi de Cabriano asserit, quod, si accesserit gesturus omnia, tàm de gestis, quàm de gerendis teneatur, & sic quoad omnia, quod probat per textum *in l. Pomponius 2. cum l. seq. ff. de neg. gest.*, quam secundam expositionem veriorem, & amplectendam existimo saltem pro gestis, & gerendis pro tempore, quo retinuit administrationem, si pro eo tempore non gesserit, quod colligitur *ex d.l. tutori C. de negot. gest.* Ibi *propria voluntas finem facit*, quinimmo in allegato textu pro contraria expositione *in d.l. nam, & seruius in §. si viuo ff. de neg. gest.*, videtur etiam innui, quod ab assumpto munere non possit talis gestor recedere, cum illud quoad omnia assumpserit. Scio nonnullos, inter quos Glosa, velle teneri dumtaxat quoad

negotia iam cæpta per ipsum gestorem, non autem quoad non cæpta, & nondum incohata, & sic quoad ea, quæ non gessit, non obligari; Sed, ex quo administrationem cæpit gesturus omnia, non video, cur non teneatur quoad omnia, si aliqua neglexerit saltem quoad ea, quę inuenit, licet fortè, secus ad alia, si quæ noua emerserint. Firmum igitur stat, quod, si à principio accesserit omnia gesturus, intelligatur ad omnia obligari, & sic attendenda est voluntas gestoris ab initio, quo accessit.

16 Quomodo coniectari possit, quod accesserit ad omnia, vel ad aliqua tantum.

Sed, quomodo coniectanda erit eius voluntas, an extendatur ad omnia, an verò restringatur ad aliqua? Ab obseruantia subsequenti poterit primo argui, vt si aliqua tantum assumpserit, & in ijs perseuerauerit, & non in alijs; obseruantia etenim subsequens declarat animum suscipientis, qualis fuerit in susceptione; secundo ex alijs concurrentibus, puta ex loco, quatenus assumpserit gerenda in aliquo loco, & non in alio, cum de his nunquam curauerit; vel ex aliqua necessitate tunc concurrente quoad aliquam rem; præsumitur enim moueri ex illa necessitate ad rem illam administrandam, alijsque iuxta Iudicis arbitrium. Vbi verò adminicula non concurrant, & coniecturæ, quæ potius pro vna parte, quam pro alia inclinent, tunc potius pro animo omnia gerendi concluderem, cum tunc præsumatur velle agere ad seruandam indemnitatem pupilli, quæ non potius consideranda est in vna re, quam in alia.

17 Non concurrentibus rationibus pro vna potius parte, quam pro altera præsumendum est pro accessu ad omnia.

18 Si accesserit gesturus aliqua tantum, cum aliquis æquè diligens esset gesturus omnia, & non gessit, quia ipse gerere voluit aliqua, teneatur ad omnia.

Respondeo quarto. Si accesserit gesturus aliqua tantum, cum alius æque, quin fortè magis diligens esset gesturus omnia, qui ex eo, quod ille velit gerere pro parte, se eximit ab omnibus, & hoc ipse norit, probabilius est, quod teneatur ad omnia. Hoc videtur concludenter deduci in terminis *ex d. l. si pupilli §. videamus ff. de neg. gestis*, & in hoc videntur consentire *Bartolus, & Paulus ibid.* Recole, quæ supra dicta sunt.

---

§. XXXII.

An curator à Iudice impuberi datus, si gesserit quasi curator, teneatur actione protutelæ.

SVMMARIVM.

Casus in suis terminis propositus. 1.
Rationes suadentes teneri actione protutelæ. 2.
Refertur ad hoc textus in l. 1. ff. de eo, qui protut. 3.
Huiusmodi curator sic datus à Iudice quiq; gerit vt curator, non tenetur actione protutelæ, sed negotiorum gestorum. 4.
Soluuntur argumenta contraria. 5.

DIsquisitio XXXII. Mortuo Patre, nec per eundem relicto filijs impuberibus tutore in testamento Iudex eisdem constituit curatorem, qui iuxta terminos dationis gessit, non vt tutor, sed formalitèr vt curator. Orta hic fuit controuersia, an talis curator teneretur pro tali gestione actione protutelæ quasi tutor, an verò solummodo actione negotiorum gestorum, vt curator?

1 Casus in suis terminis examinatus.

Attenta conditione filiorum impuberum, qui indigent non solum gubernio, & regimine quoad res proprias, sed etiã quinimmo magis principalitèr quoad personas, videtur absolutè dicendum, quod teneatur actione protutelæ, cum eiusdem obligatio videatur consurgere in ordine ad personas pupillorum; nec curandum est, quod Iudex eum constituerit sub formalibus terminis curatoris, quia, cum sæpissimè in iure pro eodem accipiantur tutor, & curator, debet intelligi datio secundum conditionem, & indigentiam personarum, quibus datur, adeoque tanquam tutor licet sub terminis curatoris; nec item videtur officere, quod assumpserit sub terminis, sub quibus datus est, & non aliter, quia, cum teneretur assumere iuxta indigentiam pupillorum, perindè est, ac si assumpserit iuxta eandem, adeoque vt tutor.

2 Rationes suadentes teneri actione pro tutelæ.

Accedit, quod, *cum in d. l. 1. in princip. ff. de eo qui protut. & curat. negot. gest.* dicatur, quod, *cum plerumque incertum sit vtrum quis tutor, an verò quasi tutor protutore administrauerit tutelam, idcirco in vtrumque casum actionem prætor scripsit, vt siue tutor sit, siue non sit, qui gessit, actione tamen teneatur*, sequitur quidem, quod cum ille sic datus a Iudice gesserit administrationem tutelæ, intelligatur actione saltem protutelæ teneri. Rursus, cum dicatur, quod *protutore negotia gerat, qui munere tutoris fungitur in re impuberis, siue se putet tutorem, siue sciat non esse, fingit tamen esse*, sequitur, quod, cum hic, de quo loquimur, negotia gerat in re impuberis, quantumuis arbitretur, se tantum esse curatorem, teneatur actione protutelæ. His tamen non obstantibus.

3 Refertur ad hoc textus in *l. 1. ff. de eo qui protut.*

Respondeo, huiusmodi curatorem sic datum a Iudice, & se gerentem vt curatorem non teneri actione protutelæ, sed tantum actione negotiorum gestorum. *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 2. c. 17.*

4 Non tenetur actione pro tutelæ, sed negotiorum gestorũ.

c.17. num.2. Glosa in d. l. 1. in verb. hanc actionem ff.de eo qui protut. & curat. negot. gest., hicque expressè est casus *d.l.1. vers. si curator* ·Ibi· *Si curator impuberis à Prætore datus negotia gesserit, an, quasi protutore gesserit, teneatur, quæritur. Et verius est cessare hanc actionem, quia officio curatoris functus est.* Ratio autem responsionis, & huius legis, in qua fundatur, ea est, quæ adducitur à *Glosa in d.l.1. in verb. curatoris*, quia constitutus est vt curator, non vt

Rationes pro hac responsione.

tutor, & hoc sciuit ipse datus, & sic gessit, & sicuti, qui propriè tutor constitutus, & ignorat, se esse talem, non tenetur quasi tutor per ea, quæ habentur *in l.quaro ff.de eo qui protut. vel curat. neg. gest.*, ita qui curator constitutus est, & cognoscit, se talem constitutum, & vt talis gessit, non tenebitur vt protutor, sed vt curator, adeoque solum actione negotiorum gestorum; quod etiam clarius habetur *in d. l.1. in verb. si quis tamen* Ibi· *At iste curator non quasi tutor, sed quasi curator gessit.*

Neque obstant ea, quæ ex aduerso afferebantur, quia obligatio potius sumitur secundum intentionem suscipientis onus, quam secundum conditionem eius,

Obligatio potius sumitur secundum intentioné suscipientis onus.

respectu cuius datur tale onus, & licet promiscuè in iure pro eodem accipiatur vt plurimum tutor, & curator, hoc tamen locum non habet, quando tàm ex mente concedentis, quàm ex mente suscipientis munus illud collatum, & exercitum est dumtaxat sub ratione curatoris, & non tutelæ.

Ad ea, quæ subduntur *ex d.l.1 in princip. ff. de eo qui protut. & curat. neg. gest.* dic, ea procedere, quando quis ageret pro tutore, seu protutelæ nomine, quod ibidem explicatur per hoc, quod quis putans, se esse tutorem, cum non sit, vel

5 Soluuntur argumenta contraria

sciens se non esse tutorem, & fingens se talem esse, tutorio nomine administrat, quod non euenit in præsenti hypothesi, secundum quam, cum datus sit vt curator, vt talem se gessit, & curatoris munere, & intentione functus est, nullo autem modo curatoris, & sicuti, quando verè tutor datus est in testamento, si hoc ignorans administret, non tenetur defectu cognitionis actione tutelæ per ea, quæ in præcedentibus dicta sunt ex textu *in l.quaro ff.de eo qui protut. & curat. negot. gest.* addita ratione, quia *scire quoque se tutorem esse debet, vt eo affectu negotia gerat, quo tutor gerere debet*, ita quando solummodo curator datus est, & tali nomine gessit, non debet dici teneri actione tutelæ, seu protutelæ, quia sciens, se non esse tutorem non potuit agere affectu tutoris, seu tali affectu non gessit.

§. XXXIII.

An, si alicui relictum fuerit legatum tanquam tutori, illud consequatur, si non gesserit vt tutor, sed vt negotiorum gestor.

SVMMARIVM.

DIsquisitio XXXIII. Titius condito suo vltimo testamento legatum centum aureorum reliquit Caio, si gesserit tutelam filiorum suorum impuberum. Mortuo eodem Titio Caius non suscepit tutelam, nec ea præmisit, quæ ad tutelæ munus pertinent, sed se gessit præcisè vt negotiorum gestor. Quæsitum hic fuit, an adhuc legatum sibi relictum consequatur?

1 Exponitur titulus in suis terminis.

Pro clariori notitia, & resolutione præsentis quæsiti notandum hic est, an ille, cui relictum est huiusmodi legatum, fuerit persona extranea, an verò persona coniuncta tàm ipsi leganti, quàm eius pupillis, & an gesserit vt persona coniuncta, an verò vt simplex gestor præscindendo ab eo, quod consanguinitate coniungatur cum ipso legante, seu eius pupillo.

2 Considerabilia circa titulum.

Videtur absolutè dicendum, quod, siue fuerit persona coniuncta, siue extranea, consequatur adhuc illud legatum vel in toto, vel saltem in parte, quia, cum illud legatum referatur ad munus tutelæ sub conditione, si illud exerceatur, videtur quodamodo esse in remunerationem operum, quæ ille legatarius conditionatus exerciturus est in fauorem pupilli, & sic, cum ille plura onera obierit, & negotia plenè gesserit eiusdem pupilli, videtur sua remuneratione dignus, adeoq; non priuandus illo legato, vtpotè dato causa remunerationis. His tamen minimè obstantibus.

3 Sententia asserens adhuc consequi illud legatum, siue in toto, siue in parte.

Respondeo, probabilius non consequi illud legatum. *Alexander conf.102. visis, & ponderatis col.fin. vers. præterea in testamento lib.1., Decius conf.178. num. 3. vers. secundo responde, Bacca de decim. tut. c. 7. num.17. & c.20. num.9., Ioannes Gutierez*

4 Probabilius non consequitur illud legatum.

de tut. & curat. part. 2. c. 17. num. 21. Intellige, siue ille, qui sic gessit, fuerit persona extranea, siue coniuncta. Rationem ex eo deduco, quia, vel illud legatum factum est ad alliciendum legatarium ad suscipiendam illud munus, vel in remunerationem eiusdem suscepti, & onerum in eodem munere exercitorum; Quomodocunque illud fuerit collatum, non intelligitur habere locum, quando munus tutelæ susceptum non est, nec exercitum, quantumuis ille gesserit puro nomine gestoris negotia pupilli, quandoquidem non pro quocunque onere illud legatum relictum est, sed pro onere formali tutelæ, quod gestum non est, nec ille, cui relictum est illud legatum, subijt illa onera, quæ præuiè, & comitanter requiruntur ad munus tutelæ, cum non satisdederit, nec iurauerit rem pupilli saluam fore, aliaq; quæ necessaria sunt, ergo, cum deficiat a munere iniuncto, non est, cur consequi debeat illud beneficium legati; beneficium enim collatum propter onus, onere non adimpleto non est conferendum.

Rationes pro hac responsione.

Neque vrgent ea, quæ ex aduerso fuerunt ponderata, nempè, quod intelligitur illud legatum acquisitum intuitu remunerationis operum in gestione illa negotiorum pupilli; Non vrgent, inquam, quia vel pro tutela, si gessisset vltra illud legatum deberetur salarium, pro eadem tutela, vel nullum salarium deberetur; si dicatur primum, dici etiam posset in hac hypothesi, quod pro illa negotiorum gestione deberetur congrua merces, & hæc esset pretium operum, vndè non esset, cur posset exigere vlterius illud legatum; Si secundum; sicuti non est exigibilis merces pro tutela exercita, ita nec videtur exigibilis pro illa negotiorum gestione, & sic non esset, cur deberet exigere illud legatum pro mercede operum.

5 Soluuntur argumenta contraria.

Dixi *siue ille, qui sic gessit, fuerit persona extranea, siue coniuncta*, quia respectu vtriusque datum in ordine ad munus, eo non adimpleto non subsistit, quia intelligitur datum sub conditione, si adimpleat, sicq; conditione non purificata, nec dispositum sub illa potest habere effectū; sed difficultas aliqua potest esse quoad personam coniunctam, quia tunc præsumi potest illud legatum factum intuitu coniunctionis, & consanguinitatis, non præcisè ratione talis muneris tutelaris, adeoque videtur deberi etiam, si munus tutelæ non adimpleatur. Sed facilè potest elidi, si dicatur, quod, cū legatum illud referatur ad personā electam tanquam tutricem, intelligatur factum ratione talis muneris, & ad summum consanguinitatem potuisse esse causam impulsiuam ad illud conferendum, non finalem, adeoq; cessante fine per illud nō adimplementum tutelæ cessare etiam, quoad hoc dispositionem testamentariam.

6 Intellige siue ille, cui fuit relictum legatum fuerit persona extranea, siue coniuncta.

---

§. XXXIV.

An in protutelæ iudicio veniant vsuræ.

SVMMARIVM.

Vnde desumatur status præsentis disquisitionis. 1.
Æquè ad illas tenebantur tutores, ac protutores. 2.
Modo vsurarum vsus abolitus est, tam respectu tutoris, quam protutoris. 3.
Quamuis tutores non teneantur vsurarum nomine, tenentur tamen ad interesse, vel lucri cessantis, vel damni emergentis, si neglexerint &c. 4.
Etiam protutores tenentur ad tale interesse. 5.
Requiritur tamen ad hoc, vt fuerint promptæ occasiones implicationis. 6.
Hoc interesse secundum Gabrielem taxandum est ad normam fructuum, qui percipi possent ex prædijs, si fuerint empta. 7.
Secundum Gutierez taxandum est ad normam annuorum redituum. 8.

Disquisitio XXXIV. Per leges Imperatorum statutum erat, vt tutores statim, ac tutelam susciperent, tenerentur pecunias pupillares implicare in emptione prædiorum ad congruum, & honestum lucrum, vel easdem pæcunias iuxta vsurarum modum fænori dare iuxta textum *in l. tutores 2. C. de administ. tut. l. quoties ff. eod. tit. l. tutor qui repertorium §. si post depositionem ff. de administ. tut.*, & si non implicarent vel in tali emtione, vel in huiusmodi fænore, tenerentur ipsi ad tales vsuras erga pupillos *arg. l. qui fine ff. de negot. gest. l. tutor qui repertorium §. pecunia, & l. non existimo ff. de administ. tut.* Modo iam quærimus, an etiam protutores, si pecuniam pupillarem fænori non dederint, teneantur, & ipsi ad vsuras?

1 Vndè desumatur status præsentis disquisitionis.

Protutores etiam teneri ad huiusmodi vsuras, sicuti tutores videtur expressè in iure cautum *in d. l. 1. in verb. in protutelæ iudicio ff. de eo, qui protut., & curat. neg. gest.* Ibi-*in pro tutelæ officio vsuræ quoq; veniunt*. Sed, quia modo vsurarum vsus

2 Æquè ad illas tenebantur tutores, ac pro tutores.

vtpo-

3 Modo vsurarũ vsus abolitus est, tam respectu tutoris, quã protutoris.

vtpotè ex natura sua malus, abolitus est, videntur non modo tutores, sed etiam protutores ab onere vsurarum eximi, cum fęnoris exercitium tolerandum non sit etiam in fauorem pietatis, prout latè prosequitur *Coaruuias lib.3.var.resol. c.2. n.1., Baeca de decim. tut.c.2.nu.93., & 96. vers. sed certè Padilla in l.pænes n.26. C. de transact., Molina de iust., & iur. part. 1. tract.2. disp.224. vers. quando ergo*.

4 Tenentur tamẽ tutores ad interesse damni emergentis, vel lucri cessantis, si cessarint.

Quamuis autem posita vsurarum abolitione tutores ad easdem non teneantur sub formali ratione vsurarum, non eximuntur tamen ab onere cooferendi interesse lucri cessantis, seu damni emergentis arbitrio boni viri, si à suo munere deficientes pupillares pecunias in emptionem prædiorum non implicarent, vel apud mercatorem non deposuerunt secundum regionis, & prouinciæ mores ad congruum, & licitum lucrum, prout affirmaruot *Bartolus in d. l. tutor, qui repertorium in §. si post depositionem ff. de administ.tut., Ruinus cons.28., & Iasius cons. 139. in verb. ideo dixit, Salicetus in auth. nouissimè C.de administ. tut., Surdus de aliment. tit.vlt. q.46. nu. 35., & seqq., & alij communitèr*. Sed, an protutores etiam ad huiusmodi interesse lucri cessantis, & emergeotis teneantur, si defecerint, non implicando in tali emptione, vel non deponendo ad congruum lucrum vt supra, hoc est, quod sub præsenti titulo examinandum proponitur; in quo tamen non diutius immorabimur, eum sit materia fusius in subsequentibus, dum de tutorum obligationibus discutienda.

5 Etiam protutores tenẽtur ex neglectu ad interesse lucri cessantis, vel damni emergentis.

Respondeo etiam protutores, quamuis vsurarum nomine, sicuti, & tutores non teneaotur, tenentur tamen ex neglectu, & omissione ad interesse lucri cessantis, & damni emergentis ad arbitrium boni viri iuxta morem regionis, seu prouinciæ, *Mascardus tom. 3. de probat. concl. 1392.n.10., & 16., Ioannes Gutierez de tut., & curat.part.2.c.17.n.3., & c.9. ferè per totum*, vbi licet agat dumtaxat de obligatione tutorum, & curatorum in ordine ad huiusmodi interesse, ex ratiooe tamen mox deducenda idem videtor trahendũ etiam ad protutores. Ratio autem ea est, quia ex dictis *in d. l.1 ff. de eo, qui pro tut., & curat. neg. gest.* protutores teneotur actione protutelæ in ijs, in quibus tutores tenentur actione tutelæ, sed isti tenentur ad interesse lucri cessantis, & damni emergentis ex eo, quod neglexerint, seu omiseriot pecuniam pupillorum implicare, vel in emptione prædiorum, vel ad congruum lucrum apud mercatorem, ergo & protutores ad idem tenebuntur; Non enim melioris conditionis debet esse protutor, qui sine decreto Iudicis tutelam, vel curam administrauit, quam verus tutor, & curator, vt aduertit *Ioannes Gutierez d.c. 17. n. 3. in fin.*

Rationes pro hac responsione.

6 Requiritur tamẽ, vt teneatur ad tale interesse, vt fuerint prõptę occasiones implicandi.

Ad hoc tamen, vt protutor teneatur ad huiusmodi interesse lucri cessantis, seu damni emergentis, requiritur, quod fuerint prædia venalia, & promptæ, & tutæ occasiones implicandi pecunias ad congruum lucrum, cæteroqui non tenetur, vt in similibus docent *Aretin.cons.31. in fin, Rolandus à Valle de lucro dotis q.64. n.20., Franciscus Marcus decis.167. nu. 9. in secunda part., Plotus in l. si quando nu. 117. cum seqq. C. vnde vi, Decius cons.562. col. 2. in fin.*

7 Hoc interesse secundum Gabriel taxandũ est ad normam fructuũ, qui percipi potuissent in prædijs, si fuissent empta.

Si autem hic inquiras, an, si tutor, vel protutor negligens fuerit in conuertendo pecunias pupillares in emptionem prædiorum, vel exercitium ad congruũ lucrum, teneatur soluere interesse ad ratam fructuum, quos verisimiliter acquirere potuisset à prædijs, si illa emisset, vel ad ratam liciti lucri pecuniarij, & quomodo? Hieronymus *Gabriel cons. 26. nu. 4., & seqq.* videtur sentire, quod teneatur ad ratam fructuum prædiorum, si emisset, & neglexit emere; arbitratur enim non posse conueniri ad interesse negotiationis non exercitæ, præsertim, si Pater minoris non erat negotiator, nec solitus pecuniam exercendam tradere, nec vt tutores id faciant est consuetudo; vodè siue illam pecuniam non implicauit io emptione prædiorum, siue non exercuit, vel per se, vel per alium in negotiatione semper habendam esse rationem ad fructus prædiorum, quos emere debuisset, & sic quodamodo fingendum, quod emerit, & ad ratam illorum taxãdum esse interesse. Sed hunc taxationis modum, quamuis commendet, vt pulcrum, & subtilem, noo approbat *Ioannes Gutierez de tut., & curat. part.2. cap.9. nu. 37. vers. sed meo iudicio*, eo, quod difficilis admodum, & incerta est taxatio fructuum percipiendorum, & de facili pupilli, & minores reteoto hoc modo taxãdi fraudarentur; vndè ipse concludit interesse huiusmodi taxaudum esse ad normam annuorum reddituum, maximè in prouincijs, vbi frequens, & consueta est eorum veoditio, & hic modus taxandi certior, & facilior est, quam fructuum prædiorum emendorum, si venalia fuissent. Ego hanc interesse taxationem referrem in arbitrium Iudicis, seu prudentis viri; Sed in his non immoror, cum latior habendus sit sermo, dum de obligationibus tutorum, & curatorum.

8 Secundũ Gutierez taxãdum est ad normam annuorũ reddituũ.

§. XXXV.

§. XXXV.

An necesse sit, vt tutor habitet in eadem domo cum pupillo.

SVMMARIVM.

Titulus expositus in suis terminis. 1.
Rationes suadentes teneri habitare in eadem domo. 2.
Non est necesse, vt habitet in eadem domo cum pupillis. 3.
Soluuntur rationes contrariæ. 4.
Magis congruum esset, vt haberet domicilium saltem in eadem Ciuitate. 5.

1 Exponitur titulus.

DIsquisitio XXXV. Dictum est in præcedentibus tutorem dari principalitèr personæ pupilli, & nonnisi secundario rebus per textum *in §. datus instit. de excus. tut., & l. cum plures §. cum tutor ff. de administ. tut.* Item dari ad tuendum eum nempè pupillum, qui se tueri propter ætatem non potest, vt latè explicuimus in definitione tutelæ. Item, quod teneatur illum bonis moribus instruere, perfectè educare &c. ad quæ omnia videtur requiri specialis, & indiuidua quodamodo assistentia eiusdem tutoris ad pupillos; & propterea hic inquiritur, an necesse sit, quod tutor habitet simul, & in eadem domo cum pupillis.

2 Rationes suadentes teneri habitare in eadem domo.

Videtur simpliciter affirmandum non solum propter allegata munera, quæ exercere tenetur tutor erga pupillos, quę vix videtur posse adimplere, nisi cohabitet, sed etiam, quia tutores dicuntur à tuendo, sicuti æditui dicuntur, qui ædes tuentur, & sicuti ad ædes tuendas requiritur assistentia defensoris ad easdem ædes, ita ad tuendos pupillos requiritur assistentia ad eosdem, quæ haberi nequit sine cohabitatione. His tamen non obstantibus.

3 Non est necesse, quod habitet in eadem domo cũ pupillis.

Respondeo non esse necesse, vt tutor habitet in eadem domo cum pupillis. *Gregorius Lopez in l. 1. in glos. la persona del moco tit. 16. part. 6., Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 1. nu. 5., & 6., Glosa in l. non est exigendum ff. de tut.* Expresè hoc deducitur *ex d. l. non exigendum*. Ibi: *non est exigendum à pupillo, vt sibi tutorem petat, aut ad tutorem proficiscatur*, hoc est proficiscatur ad domum tutoris, vt explicat *Glosa ibid. in fine*, ex quo sequitur, quod nec etiam necesse sit, vt tutor ad domum pupilli se conferat.

4 Soluuntur rationes contrariæ.

Nec obstant, quæ ex aduerso afferuntur, quandoquidem ea omnia munera præstare potest, quantumuis non habeat communem habitationem cum eisdem pupillis, potest enim curam personæ habere, eamque, eiusque bona tueri vel per se, vel per suppositas personas agentes eius nomine, si longè non absit, cum presto semper esse possit, & accurrere; non enim talis præsentia requiritur, vt semper lateri pupillorum adhæreat; illud quippè tenetur erga pupillos præstare tutor, quod præstat prudens pater familias erga filios, quos quandoq; educat extrà propriam domum, nec per hoc tollitur, quin sit eorundem defensor, & tutor.

5 Magis cõgruum esset, vt haberet domicilium in eadem Ciuitate.

Sed an saltem requiratur, quod habitet in eadem Ciuitate? Ex ijs, quæ in præcedentibus docuimus *sub hoc eodem tit. de tut., & curat. prænot. 17. assert. 1., & 2.*, vbi quod Iudex originis, qui simul non sit habitationis pupillorum non possit dari tutorem eisdem pupillis addita ratione, quia, cum tutor detur principalitèr personæ, & secundario rebus, debet dari à Iudice, cui subditus sit pupillus, videtur dicendum, quod, nec etiam tutor esse possit, qui non habitet cum eodem pupillo in eadem Ciuitate, tum quia non intelligitur subditus Ciuitatis pupilli; tum, quia, cum diu absit ab eodem pupillo, non videtur eius personæ posse assistere, adeoq; nec eum tueri. Ex alio capite cum etiam in præcedentibus dixerimus, quod solum detur, seu dandus sit alius tutor, quando quis à Ciuitate abest causa Reipublicæ, videtur à contrario sensu dicendum, quod alius non sit dandus, quando non abest causa Reipublicæ, ac proindè subsistat, quamuis absit à Ciuitate, & alibi habeat habitationem. Magis congruum, & expediens esset, vt domicilium haberet in loco, seu Ciuitate pupilli; non damnarem tamen, si alibi etiam habitaret, dummodo præsto esse possit necessitatibus eiusdem pupilli, vt ageret curam pupilli per idoneum, & aptum actorem, dum ipse abest, cum ipse semper principalitèr obligatus maneret versus eundem pupillum.

Quod, si prædicta in responsione verificantur, quod scilicet non sit necesse, vt tutor habitet in eadem domo, qua habitet ipse pupillus, attenta natura tutelæ secundum se, à fortiori verificantur, quinimmo ex quadam necessitate, si tutor talis esset, vt deficiente pupillo de iure eidem deberet succedere, tunc etenim omnia iura clamant congruè pupillum non esse apud eundem educandum *l. 1. C. & ff. vbi pupilli educ. deb., & in l. fin. C. eod.*

C.eod. tit., *Paulus de Castro cons. 374. super istis dubijs dub. vlt. lib. 2.*, *Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 1. n. 6., & part. 2. c. 8. n. 6.*, & hoc ob periculum, ne ob finem proximioris successionis insidietur vitæ pupilli. Sed de hoc infra occurret sermo vberior.

---

§. XXXVI.

An, si mater instituerit filium impuberum in sola legitima, possit eidem in testamento constituere tutorem.

SVMMARIVM.

Series disquisitionis. 1.
Sententia negans matrem instituentem filios in sola legitima, posse illis tutorem in testamento constituere. 2.
Sententia asserens posse constituere. 3.
Quomodo vtraque sententia sit intelligenda. 4.
Probabilius non tenet, nec est confirmandus cum exclusione legitimorum. 5.
Legitima debetur sine aliquo onere, seu conditione. 6.
Non extantibus tutoribus legitimis Iudex, potest tutorem à matre nominatum eligere. 7.

DIsquisitio XXXVI. Iuxtà præcedenter dicta mater non potest testamēta filijs suis impuberibus tutorem dare, nisi eisdem hæredibus institutis, per textum *in l. pater hæredi 4. in princip. ff. de testam. tut. l. 1. in vers. si autem fuerit persona talis iuncto vers. fin. in princip. si autem ff. de confirm. tut., & l. mater C. de testam. tut.* Modo supponimus, quod mater quidem filios suos impuberes instituerit, sed in sola legitima, non autem in toto asse, & inquirimus, an ratione talis institutionis in pura legitima possit validè in testamento eisdem tutorem constituere?

1 Exponitur titulus cum ratione dubitandi.

Negant, posse eisdem filijs impuberibus Matrem in ea hypothesi institutionis eorundem in sola legitima tutorem constituere in testamento *Ludouicus Roman. cons. 188. incip. in hac causa num. 3.*, *Gregorius Lopez in l. propria in glos. deuolo confirmare, ibi limita tamen*, *Antonius Piaggius de tut. & curat. q. 3. num. 28.* atque pro hoc adducunt textum *in l. peto §. mater ff. de legat. 2.* Ibi- *Non ideo minus fideicommissum rectè datum intelligi debet, quia tutorem mater dare non potuit*, quem textum ad hunc effectum ponderant præallegati DD., adeo vt asserant tutorem filio à Matre datum non subsistere, non ex alio, nisi quia in effectu mater non instituerat filium, nisi in sola legitima, cum reliqua pars hæreditatis subiecta esset fideicommisso. Addi etiam potest in confirmationem huius opinionis, quod, cum legitima libera per parentes relinquenda sit filijs, quam non possunt nec cōditione, nec aliquo onere grauare, ratione eiusdem non potest talis tutela determinata grauare filios; vnde, sicuti, si mater nihil filijs relinqueret, non posset eisdem tutorem constituere per superius allegata iura, ita si relinqueret id, quod omni iure tenetur relinquere, nec potest detrahere, non propterea poterit tutorem testamento dare.

2 Sententia negans Matrem instituentem filios in sola legitima posse illis testamēto tutorem dare.

Rationes pro hac sententia.

Contrarium tamen docet *Caldas Pereira in repetit. l. si curatorem habens in textu ibi sine curatore constitutus num. 103. C. de in integ. restit. min.* vbi asserit, quod Iudex potest præteriti filij tutorem cum inquisitione confirmare, ergo à fortiori hoc facere poterit ipso filio in legitima instituto. Hanc secundam opinionem vtpotè sibi veriorem approbat *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 4. nu. 4. vers. sed quamuis hæc limitatio*, ipsamque sequitur *Molina de iust. & iur. tract. 2. disp. 220.*, qui etiam asserunt textum *in d. l. peto §. mater ff. de legat. 2.* non ideo negare, Matrem filijs impuberibus posse tutorem in testamento constituere, quia eos dumtaxat in legitima instituerit, sed quia ipso iure talis datio erat nulla propter defectum patriæ potestatis.

3 Sententia asserens posse illū tutorem eisdem testamento dare.

Rationes pro hac sententia.

Pro resolutione aduerte, quod, si DD. pro prima opinione negatiuà allegati intelligant, quod non teneat talis datio tutoris, quando filij sunt instituti à Matre in legitima solum, nisi per Iudicem confirmetur, rectè quidem procedant, quandoquidem etiam si Mater in toto asse filios instituerit, & eisdem tutorem in testamento constituerit, hic est confirmandus etiam cum inquisitione per superius allegata iura, & rationes; Si verò è contra DD. pro secunda sententia affirmatiua citati velint, quod teneat talis tutor, adeout sicuti, si in toto fuerint filij instituti, sit confirmandus tutor datus ex necessitate, ita etiam sit confirmandus, quando illi fuerunt solummodo instituti in parte; tunc videtur obstare textus *in d. l. peto §. mater ff. de legat. 2.* Nec valet id, quod dicit *Ioānes Gutierez d. c. 4. n. 4. vers. sed quamuis hæc limitatio*, quod nempe talis datio dicatur inutilis, non quia mater instituerit tantum filios in legitima, sed defectu patriæ potestatis; Non valet, inquam, quia, si deficiat potestas in Matre, etiam quando in legitima instituit,

4 Quomodo vtraq; sententia sit intelligenda.

tuit, ergo tutor per eandem datus in testamento noo erit ex necessitate confirmandus, sicuti non est confirmandus, quando datus est ab extraneo, qui filios non instituit.

Difficultas igitur in præsenti hypothesi sita est in eo, an tutor datus à Matre filio impuberi, quem in sola legitima instituit, sit ex necessitate confirmandus ex eo, quod à Matre fuerit datus, & per consequens præferendus cuicunque legitimo, an verò nullum habeat ius confirmationis, perindè, ac si in oullo filij fuissent instituti, & propterea eidem sit præferendi legitimi tutores.

Respondeo, probabilius non tenere, seu oon esse confirmandum cum exclusione legitimorum. Cunsentiunt DD.

5 Probabilius non tenet, nec est confirmandus cum exclusione legitimorum.

omnes pro prima sententia negante allegati. Rationem ex eo deduco, quia, si Mater condito suo vltimo testameoto hæredem non instituerit suum filium impuberem, & nihilominus in eodem tutorem eidem dederit, certè non teneret talis datio, nec per Iudicem esset confirmandus cum exclusione tutorum legitimorum, vt videtur colligi ex textu *in l. pater hæredem 4. in princip. ff. de testam. tut. & in l. 1. in vers. si autem fuerit persona talis inuicto vers. fin. in princip. si autem ff. de confirmatione tut. & in l. mater C. de testam. tut.*; & incoogruè iura, & DD. distinguerent inter tutorem datum in testameoto a Patre, & tutorem datum à Matre, dum dicunt a Patre datum subsistere, non sic datum à Matre, nisi filios hæredes institueret, si etiam sine institutione datus a Matre teneret, & esset ex ne-

Rationes pro hac responsione.

cessitate confirmandus. Item inanitèr distioguerent, quando mater instituit hæredes filios, ac quaodo non instituit, si æquè primo esset confirmandus tutor per ipsam datus, siue instituerit, siue non iostituerit, ergo etiam si mater filios impuberes in sola legitima iostituerit, & eisdem in testamento dederit tutorem; hic non tenebit, nec erit ex necessitate confirmandus cum exclusione legitimorum, si qui adsint, quandoquidem, vt in

6 Legitima debetur sine aliquo onere, & conditione.

præcedentibus asserebam, cum legitima sit omni iure debita a Matre filijs, & non possit aliquo onere, seu conditione grauari, ooo potest conferri cum illo onere recipiendi tutorem ab ipsa datum in testamento; atque ad hoc plurimum conferre potest textus in *d. l. peto §. mater ff. de legat. 2.* Neque in hoc audiendus est *Gutierez d. r. 4. num. 4. vers. sed quamuis hac limitatio*, dum dicit in eodem textu non reprobari tutorem datum a matre, eo quia pupillos in sola legitima instituerit, sed ex eo, quod non adsit potestas in matre dandi tutorem filijs in testameoto. Non, inquam, est audieodus, prout ex hoc iofcrre intendit aduersus nostram responsionem quidquam; Sed potius est audiendus, quatenus eius assertum eidem nostræ responsioni confirmandæ plurimum defert; Si enim nullitatem dationis ex eo ipse cognoscit, quando mater pupillos instituit io legitima solum, quia oulla est in matre potestas, ergo non teoet talis datio etiam institutis filijs in legitima, quando in toto non instituit.

Fateor equidem cum eodem Gutierez, quod possit Iudex præteriti filij tutorem à matre datum cum ioquisitione confirmare, adeoque à fortiori hoc facere possit ipsis filijs io legitima iostitutis. Sed hoc intelligendum est, quando non extant tutores legitimi, quia tunc, sicuti potest Iudex ad petitionem matris eius filijs ex proprio munere tutorem dare, eum debita ioquisitiooe, ita potest à matre datum in testamento approbare, si debita inquisitione facta ipsum idoneum inuenerit, sed io hoc casu noo erit tutor testameotarius, sed simplicitèr datiuus, ea ratiooe, qua intelliguotur datiui tutores à Iudice dati ad petitionem consanguineorum.

7 Non extantibus tutoribus legitimis Iudex datum à Matre potest eligere.

---

§. XXXVII.

An, si Mater testetur ioter solos liberos, & vnum alteri tutorem reliquerit, teneat talis tutor.

SVMMARIVM.

Series disquisitionis exponitur. 1.
Sententia asserens, Matrem testantem inter liberos posse vni alterum tutorem dare. 2.
Non est dubium, quin possit dare. 3.
Si Mater testata fuerit inter liberos non seruatis iuris solemnitatibus, & vnum alteri tutorem dederit, tenet talis datio. 4.
Rationes pro hac responsione, & solutiones contrariorum. 5.
Secundum Saliceetum tutor sic datus ipso iure tenet. 6.
Dispositio l. hac consultissima C. de testam. *reualidat etiam quoad dationem tutoris.* 7.
Hic tutor indigeret confirmatione. 8.

1 In quo sensu accipiendus sit titulus.

DIsquisitio XXXVII. Dictum est in præcedentibus, quod mater, oisi filio instituto tutorem oon dare possit in testamento, quasi quod in rem potius, quam in personam eum dare videatur,

vnde

vnde tunc tutor datus ab ipsa indiget Iudicis confirmatione, & inquisitione, & hoc ea ratione, quia Mater non habet in potestate suos filios, sicuti habet Pater. Modo supponimus, quod Mater inter solos liberos testata fuerit, & vni ex filijs alterum tutorem dederit, & inquirimus vtrum tutor sic datus teneat, & sit simplicitèr à Iudice confirmandus?

Proponit hanc difficultatem *Salicetus in l. hac consultissima §. ex imperfecto cum glos. 16. C. de testam.*, & tunc limitando dispositionem *d. l. peto §. mater ff. de legat. 2.* vbi dicitur matrem non habere in potestate filios, dicit, quod, si mater testatur inter solos liberos, & vni alterum tutorem reliquerit, teneat talis datio, quia ille defectus patriæ potestatis in matre, & omnis alia solemnitas censetur de iure ciuili remissa per illum textum in *d. l. hac consultissima §. ex imperfecto*, quod etiam sentit *Marcus Antonius in repet. illius l. hac consultissima num. 125.*

2 Sententia asserens Matrem testantē inter liberos posse vni alterum dare tutorem.

Sed vix video, in quo possit consistere difficultas, cum supponatur, quod mater testata inter liberos eosdem hæredes instituerit, & vnum alteri tutorem dederit; Si enim instituens hæredem filium, quamuis ex alio capite ipsum non haberet in sua potestate, potest valide eidem dare tutorem, licet sit confirmandus à Iudice cum inquisitione per allegata superius iura *in l. pater hæred. 4. in princip. ff. de testam. tut. & in l. mater C. eod. tit.*, ita non video, cur instituens filios non possit vni alterum dare, si habeat omnes conditiones ad hoc munus requisitas. Difficultas igitur in hac hypothesi potest esse solummodo, vel ex eo, quod testamentum à Matre conditum supponatur imperfectum, & deficere in præscriptis solemnitatibus, ac proinde sit dubium, an defectu talium solemnitatum tutor datus subsistat, adeout, sicuti defectus earundem solemnitatum non obest, quominus testamentum inter liberos teneat, ita non obsit, quominus tutor in eodem datus subsistat, nec ne; vel ex eo, quod, cum in eodem testamento sit datus frater fratri ratione strictæ coniunctionis eorundem inter se intelligatur valida datio, an non; & iuxta vtrumque hunc sensum solummodo titulum propositum examino. Pro quo

3 Non est dubium, quin possit dare.

Respondeo primo. Si Mater testata fuerit inter liberos, sed non seruatis iuris solemnitatibus, & vnum alteri ex institutis tutorem dederit, probabilius talis datio tenet *Glosa in d. l. hac consultissima §. ex imperfecto, & ibi Salicetus num. 8. C. de testam.*, prout expresse habetur in eodem textu Ibi. *Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos à parentibus vtriusque sexus habeatur, non volumus*, vbi, cum textus loquatur de parente vtriusque sexus, non est hæsitandum, quin dispositio etiam referatur ad Matrem; Nec obest id, quod habetur *in d. l. peto §. mater ff. de legat. 2.* nempe, quod Mater de iure non possit filio tutorem dare, quia non est in eius potestate; Non obest, inquam, quia illius dispositio modo intelligitur correcta per hac *l. hac consultissima §. ex imperfecto*, quando mater testata est inter liberos; vel dic cum eodem *Saliceto loc. cit.*, quod *in d. l. peto §. mater* testamentum erat perfectum quoad solemnitates, & solum defectus erat, quod mater erat, quæ tutorem dedit, qui defectus modo non attenditur, licet tunc attenderetur; in hoc verò textu *in l. hac consultissima §. ex imperfecto* testamentum solum intelligitur imperfectum ex defectu solemnitatum, qui defectus ex vi huius legis, quando est inter liberos, sublatus censetur.

4 Si Mater testata fuerit inter liberos non seruatis iuris solemnitatibus, & vnum alteri ex institutis tutorem dederit, tenet talis datio:

5 Rationes pro hac responsione, & solutiones contrariorũ.

Sed hic oritur difficultas, an ex vi dispositionis *huius l. hac consultissima §. ex imperfecto C. de testam.* intelligatur datio tutoris facta per Matrem in testamento inter liberos, licet minus perfecto, ipso iure subsistere, adeout non indigeat confirmatione, & inquisitione, sicuti non indiget tutor a Patre in testamento datus, an verò intelligatur solummodo subsistere interueniente Iudicis confirmatione, & inquisitione, adeout intelligatur solummodo facta correctio quoad iuris solemnitates deficientes, non verò quoad reliqua, nempe quoad talem confirmationem, & inquisitionem? *Salicetus loc. cit.* videtur iuxta *Glosam ibidem* sentire, quod ipso iure teneat talis datio, dum dicit comparando tutorem datum à matre ad tutorem datum a Patre, quod idem sit in tutore dato a Matre, quod in Patre allegatis verbis eiusdem textus *à parentibus vtriusque sexus*. Sed non libenter in hoc annuerem eidem Saliceto, quandoquidem correctio iurium est strictè interpretanda, nec extendenda ab vno ad alterum casum; Textus autem *in d. l. hac consultissima §. ex imperfecto* loquitur quoad defectus solemnitatum, quos corrigit, quando testamentum est inter liberos, vnde non est extendendus ad alios effectus, de quibus non loquitur; & licet dicat *à parentibus vtriusq; sexus*, hoc intelligendum est quoad subiectam materiam, non in alijs casibus. Verum quidem est, quod potest dubitari, an, cum testamentum sit inter liberos, & vnus ex liberis datus sit alteri impuberi tutor possit esse locus inquisitioni? an ratione coniunctionis,

6 Secundũ Salicetum tutor sic datus ipso iure tenet.

tuit, ergo tutor per eandem datus in testamento non erit ex necessitate confirmandus, sicuti non est confirmandus, quando datus est ab extraneo, qui filios non instituit.

Difficultas igitur in præsenti hypothesi sita est in eo, an tutor datus à Matre filio impuberi, quem in sola legitima instituit, sit ex necessitate confirmandus ex eo, quod à Matre fuerit datus, & per consequens præferendus cuicunque legitimo, an verò nullum habeat ius confirmationis, perindè, ac si in nullo filij fuissent instituti, & propterea eidem sit præferendi legitimi tutores.

Respondeo, probabilius non tenere, seu non esse confirmandum cum exclusione legitimorum. Consentiunt DD.

5 Probabilius non tenet, nec est confirmandus cum exclusione legitimorum.

omnes pro prima sententia negante allegati. Rationem ex eo deduco, quia, si Mater condito suo vltimo testamento hæredem non instituerit suum filium impuberem, & nihilominus in eodem tutorem eidem dederit, certè non teneret talis datio, nec per Iudicem esset confirmandus cum exclusione tutorum legitimorum, vt videtur colligi ex textu *in l. pater hæredem 4. in princip. ff. de testam. tut. & in l. 1. in vers. si autem fuerit persona talis iuncto vers. fin. in princip. si autem ff. de confirmatione tut. & in l. mater C. de testam. tut.*; & incongruè iura, & DD. distinguerent inter tutorem datum in testamento à Patre, & tutorem datum à Matre, dum dicunt a Patre datum subsistere, non sic datum à Matre, nisi filios hæredes institueret, si etiam sine institutione datus à Matre teneret, & esset ex necessitate confirmandus. Item inanitèr distinguerent, quando mater instituit hæredes filios, ac quando non instituit, si æquè primo esset confirmandus tutor per ipsam datus, siue instituerit, siue non instituerit, ergo etiam si mater filios impuberes in sola legitima instituerit, & eisdem in testamento dederit tutorem, hic non tenebit, nec erit ex necessitate confirmandus cum exclusione legitimorum, si qui adsint, quandoquidem, vt in præcedentibus asserebam, cum legitima sit omni iure debita a Matre filijs, & non possit aliquo onere, seu conditione grauari, non potest conferre eum illo onere recipiendi tutorem ab ipsa datum in testamento; atque ad hoc plurimum conferre potest textus *in d. l. peto §. mater ff. de legat. 2.* Neque in hoc audiendus est *Gutierez d. c. 4. num. 4. vers. sed quamuis hæc limitatio*, dum dicit in eodem textu non reprobari tutorem datum a matre, eo quia pupillos in sola legitima instituerit, sed ex eo, quod non adsit potestas

Rationes pro hac responsione.

6 Legitima debetur sine aliquo onere, & conditione.

in matre dandi tutorem filijs in testamento. Non, inquam, est audiendus, prout ex hoc inferre intendit aduersus nostram responsionem quidquam; Sed potius est audiendus, quatenus eius assertum eidem nostræ responsioni confirmandæ plurimum defert; Si enim nullitatem dationis ex eo ipse cognoscit, quando mater pupillos instituit in legitima solum, quia nulla est in matre potestas, ergo non tenet talis datio etiam institutis filijs in legitima, quando in toto non instituit.

Fateor equidem cum eodem Gutierez, quod possit Iudex præteriti filij tutorem à matre datum cum inquisitione confirmare, adeoque à fortiori hoc facere possit ipsis filijs in legitima institutis. Sed hoc intelligendum est, quando non extant tutores legitimi, quia tunc, sicuti potest Iudex ad petitionem matris eius filijs ex proprio munere tutorem dare cum debita inquisitione, ita potest à matre datum in testamento approbare, si debita inquisitione facta ipsum idoneum inuenerit, sed in hoc casu non erit tutor testamentarius, sed simplicitèr datiuus, ea ratione, qua intelliguntur datiui tutores à Iudice dati ad petitionem consanguineorum.

7 Non extantibus tutoribus legitimis Iudex datum à Matre potest eligere.

---

§. XXXVII.

An, si Mater testetur inter solos liberos, & vnum alteri tutorem reliquerit, teneat talis tutor.

SVMMARIVM.

Series disquisitionis exponitur. 1.
Sententia asserens, Matrem testantem inter liberos posse vni alterum tutorem dare. 2.
Non est dubium, quin possit dare. 3.
Si Mater testata fuerit inter liberos non seruatis iuris solemnitatibus, & vnum alteri tutorem dederit, tenet talis datio. 4.
Rationes pro hac responsione, & solutiones contrariorum. 5.
Secundum Salicetum tutor sic datus ipso iure tenet. 6.
Dispositio l. hac consultissima C. de testam. *reualidat etiam quoad dationem tutoris.* 7.
Hic tutor indigeret confirmatione. 8.

Disquisitio XXXVII. Dictum est in præcedentibus, quod mater, nisi filio instituto tutorem non dare possit in testamento, quasi quod in rem potius, quam in personam eum dare videatur, 1 In quo sensu accipiendus sit titulus.

vnde

vnde tunc tutor datus ab ipsa indiget Iudicis confirmatione, & inquisitinne, & hoc ea ratione, quia Mater nnn babet in potestate suos filios, sicuti habet Pater. Modo supponimus, quod Mater inter solos liberos testata fuerit, & vni ex filijs alterum tutorem dederit, & inquirimus vtrum tutor sic datus teneat, & sit simplicitèr à Iudice confirmandus?

Propnnit hanc difficultatem *Salicetus in l. bac consultissima §. ex imperfecto cum glos. 16. C. de testam.*; & tunc limitandn dispositinnem *d. l. peto §. mater ff. de legat. 2.* vbi dicitur matrem non habere in potestate filios, dicit, quod, si mater testatur inter solos liberos, & vni alterum tutorem reliquerit, teneat talis datio, quia ille defectus patriæ potestatis in matre, & omnis alia solemnitas censetur de iure ciuili remissa per illum textum in *d. l. bac consultissima §. ex imperfecto*, quod etiam sentit *Marcus Antonius in repet. illius l. bac consultissima num.* 125.

2 Sententia asserens Matrem testantē inter liberos posse vni alterum dare tutorem.

Sed vix video, in qun possit consistere difficultas, cum supponatur, quod mater testata inter liberos eosdem hæredes instituerit, & vnum alteri tutorem dederit; Si enim instituens bæredem filium, quamuis ex alio capite ipsum nnn haberet in sua potestate, potest valide eidem dare tutorem, licet sit cnnfirmandus à Iudice cum inquisitione per allegata superius iura *in l. pater bæred. 4. in princip. ff. de testam. tut. & in l. mater C. eod. tit.*, ita nnn video, cur instituens filins non possit vni alterum dare, si habeat nmnes enndítinnes ad hoc munus requisitas. Difficultas igitur in bac hypothesi potest esse solummodo, vel ex eo, quod testamentum à Matre conditum supponatur imperfectum, & deficere in præscriptis solemnitatibus, ac proinde sit dubium, an defectu talium solemnitatum tutor datus subsistat, adeout, sicuti defectus earundem solemnitatum non obest, quominus testamentum inter liberos teneat, ita non obsit, qunminus tutnr in eodem datus subsistat, nec ne; vel ex eo, quod, cum in eodem testamentn sit datus frater fratri ratione strictæ coniunctinnis eorundem inter se intelligatur valida datin, an nnn; Et iuxta vtrumque hunc sensum snlummodo titulum propositum examino. Prn quo

3 Non est dubium, quin possit dare.

Respondeo primo. Si Mater testata fuerit inter liberos, sed non seruatis iuris solemnitatibus, & vnum alteri ex institutis tutorem dederit, probabilius talis datin tenet *Glosa in d. l. bac consultissima §. ex imperfecto, & ibi Salicetus num. 8. C. de testam.*, prout expresè habetur in eodem textu Ibi. *Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos à parentibus vtriusque sexus babeatur, non volumus*, vbi, cum textus loquatur de parente vtriusque sexus, nnn est bæsitandum, quin dispositio etiam referatur ad Matrem; Nec nbest id, quod babetur *in d. l. peto §. mater ff. de legat. 2.* nempe, quod Mater de iure nnn possit filin tutorem dare, quia non est in eius potestate; Nnn obest, inquam, quia illius dispositio modn intelligitur correcta per bac *l. bac consultissima §. ex imperfecto*, quando mater testata est inter liberos; vel dic cum eodem *Saliceto loc. cit.*, quod *in d. l. peto §. mater* testamentum erat perfectum quoad snlemnitates, & solum defectus erat, qund mater erat, quæ tutorem dedit, qui defectus mndn nnn attenditur, licet tunc attenderetur; in hoc verò textu *in l. bac consultissima §. ex imperfecto* testamentum snlum intelligitur imperfectum ex defectu snlemnitatum, qui defectus ex vi huius legis, quandn est inter liberos, sublatus censetur.

4 Si Mater testata fuerit inter liberos non seruatis iuris solemnitatibus, & vnum alteri ex institutis tutorem dederit, tenet talis datio.

5 Rationes pro hac responsione, & solutiones contrariorū.

Sed hic nritur difficultas, an ex vi dispositinnis *huius l. bac consultissima §. ex imperfecto C. de testam.* intelligatur datio tutnris facta per Matrem in testamento inter liberos, licet minus perfectn, ipsn iure subsistere, adeout non indigeat confirmatinne, & inquisitione, sicuti non indiget tutor a Patre in testamentn datus, an verò intelligatur snlummndn subsistere interueniente Iudicis ennfirmatinne, & inquisitinne, adeout intelligatur snlummodn facta correctin quoad iuris solemnitates deficientes, non verò qunad reliqua, nempe qnoad talem confirmationem, & inquisitinnem? *Salicetus loc. cit.* videtur iuxta *Glosam ibidem* sentire, quod ipsn iure teneat talis datio, dum dicit comparando tutorem datum à matre ad tutnrem datum a Patre, quod idem sit in tutnre dato a Matre, qund in Patre allegatis verbis eiusdem textus *à parentibus vtriusque sexus*. Sed non libenter in hoc annuerem eidem Saliceto, quandoquidem correctio iurium est strictè interpretanda, nec extendenda ab vno ad álterum casum; Textus autem *in d. l. bac consultissima §. ex imperfecto* loquitur quoad defectus solemnitatum, quos corrigit, quando testamentum est inter liberos, vnde nnn est extendendus ad alios effectus, de quibus non loquitur; & licet dicat *à parentibus vtriusq; sexus*, boc intelligendum est quoad subiectam materiam, non in alijs casibus. Verum quidem est, quod potest dubitari, an, cum testamentum sit inter liberos, & vnus ex liberis datus sit alteri impuberi tutor possit esse locus inquisitioni? an ratione coniunctionis,

6 Secundū Salicetum tutor sic datus ipso iure tenet.

tionis, quæ est inter tutorem datum, & eum, cui datur, non requiratur confirmatio, nec inquisitio; sed de hoc agetur in sequenti responsione.

7 Dispositio *l. hac consultissima C. de testam.* reualidat testamentum etiã quoad dationem tutoris.

Etiam aliqua difficultas potest esse in hoc, quod dispositio *d. l. hac consultissima §. ex imperfecto*, videatur solummodo intelligenda quoad testamentum ipsum, prout refertur ad bona per ipsum, seu in ipso relicta, non autem quoad constitutionem tutoris. Sed hoc non videtur obstare, quia, cum reualidetur testamentum, videntur reualidari omnia, quæ in ipso continentur, adeoque etiam datio tutoris.

Respondeo secundo. Ex eo, quod frater fratri sit tutor datus per Matrem, quæ testata est inter liberos, a fortiori intelligitur valide datus, & hoc non solum deducitur ex præcedenter dictis, sed etiam ex eo, quod hoc videtur conformius dispositioni iuris, secundum quam frater, vtpotè proximior videtur alijs præferendus, si sit habilis, & idoneus; atque ita tenent *Salicetus loc. quo supra*. Sed, an in hoc casu indigeat confirmatione? Respondeo cum eodem *Saliceto d. l. hac consultissima §. ex imperfecto nu. 7. in fine, & ibi Bartolus C. de testam.*,

8 Tutor datus à Matre testamento inter liberos tenet, indiget tamẽ confirmatione.

quod, si frater datus tutor à Matre talis sit, vt etiam si a Matre datus non esset, foret legitimus, tunc non indigeat confirmatione; Sed hoc potius haberet, quia legitimus esset, non præcisè, quia datus a Matre, quia vt talis per superius deducta indigeret confirmatione, & etiam inquisitione.

Ex quibus omnibus habes, quod tutor sic datus à Matre in eo potissimum dicatur valide datus, quia, quamuis indigeat confirmatione, & inquisitione, si tamen idoneus fuerit repertus, sit præferendus alijs legitimis.

---

§. XXXVIII.

An tutor datus à Patre in codicillo admittendus sit existente matre in medio.

SVMMARIVM.

Sensus disquisitionis expositus. 1.
Vnde sumatur ratio dubitandi. 2.
Etiam Matre existente in medio tutor datus à Patre in codicillo præferendus est. 3.
Soluitur obiectum desumptum ex l. 3. ff. de testam. tut. 4.
Nec requiritur, quod talis tutor sit à Iudice confirmatus. 5.
Codicillus confirmatus habet vim testamenti solemnis. 6.

Disquisitio XXXVIII. Titius non in testamento, sed in codicillo filijs suis impuberibus tutorem constituit, existente in medio eorum matre, de qua in testamento, & in codicillo quoad hoc nulla penitus facta fuit mentio. Hic orta fuit controuersia, an tutor ille sic datus in codicillo matrem à tutela filiorum impuberum excluderet, an verò excluderetur à matre? 1 Exponitur titulus in suis terminis.

2 Vnde sumatur ratio dubitandi.

Ratio dubitandi ex eo deducitur, quod habetur *in l. 3. ff. de testam. tut.* vbi sic legitur *Testamento datos tutores accipere debemus etiam eos, qui codicillis testamento confirmatis scripti sunt*, vbi notat *Glosa in d. verb. confirmatis*, quod, si confirmati non fuerint, non sint accipiendi, vt dati testamento, quod probat per textum *in l. 2. ff. de confirm. tut.*, ex quibus sequitur, quod, si dati in codicillo non confirmato per testamentum non habeantur pro testamentarijs, vtique non sint præferendi matri, quæ præfertur omnibus non testamentarijs. His tamen minimè obstantibus.

3 Etiam matre existentẽ in medio tutor datus à patre in codicillo præferendus est.

Respondeo, probabilius esse etiam matre existente in medio tutorem datum à Patre etiam in codicillo præferendum esse eidem matri. In hanc consentire, ai oltror *Baldum in c. ex parte 1, num. 5. de appel.*, & rationem ex eo deduco, quia talis tutor datus à Patre in codicillis habetur pro testamentario, & licet posita confirmatione per Iudicem inuoluat aliquam rationem, propter quam dici possit datiuus, quatenus scilicet à Iudice sit confirmandus, quia tamen confirmatio est actus necessarius non extrahit talem tutorem ab esse testamentario; tum quia, cum qualitas testamenti sit dignior trahit ad se minus dignum. Ergò vtpotè principalitèr testamentarius erit ex genere suo matri præferendus.

4 Soluitur obiectum desumptum *ex l. 3. ff. de test. tut.*

Difficultas solummodo potest esse circa dispositionem allegati textus *in d. l. 3. ff. de testam. tut.*, vbi videtur requiri, vt tutor datus in codicillo dicatur testamẽtarius, vt codicillus sit confirmatus testamento; Sed hoc negotium aliquod facescere non potest, nam, si testamentum conditum fuerit, iam ab eodem habet confirmationem, vel non est conditum; & tunc, cum regularitèr teste *Montano de tut., & curat. c. 10. n. 20.* omnes codicillantes hodie communitèr apponant illas clausulas, *Quod, si non valeat iure codicillorum, valeat iure cuiuslibet vltimæ voluntatis*, iam per easdem videtur sufficienter cõfirmatus quoad hunc effectum; &

quam-

quamuis non essent appositę, cum tamen sint de stilo, intelliguntur implicitè imbibitæ; & deindè iuxtà ea, quæ diximus *sub hoc eodem tit. de tut., & curat. praenot. 8. sub assert. 3.* sufficit, quod codicillans in eadem voluntate perseuerauerit vsque ad mortem, prout expressè colligitur ex textu *in §. non tantum, & ibi Glossa in verb. confirmentur Instit. de codicil.*

5 Nec requiritur, quod talis tutor sit à Iudice confirmatus.

Sed, an, ad hoc, vt tutor datus in Codicillo præferatur matri existenti in medio, requiratur etiam, vt talis tutor confirmetur, vel sit confirmatus à Iudice? Arbitrarer, hoc probabilius non requiri, quia textus *in d. l. 3. ff. de testam. tut.* æquiparat tutores datos in codicillis confirmatis tutoribus simplicitèr testamentarijs, adeoque, sicuti ad tutores testamentarios simplicitèr non requiritur confirmatio, ita neque videtur requiri ad tutores in codicillis confirmatis datos. Neque obesse potest, si dicatur, quod tutores dati in testamento minus solemni exigant confirmationem, adeoque eandem videantur exigere tutores dati in codicillis, cum non habeant vim testamenti solemnis. Non, inquam, obesse potest, quia codicillus confirmatus habet vim testamenti solemnis quoad eum effectum, vt frangi non possit; intantum enim tutor datus in testamento minus solemni dicitur indigere confirmatione, inquantum illud testamentū rumpi potest, quod non euenit in præsenti casu codicilli. Sed dato iuxta terminos, iuxta quos responsionem nostram probauimus, quod huiusmodi tutor indigeat confirmatione, non propterea cessat habere vim testamentarij, adeoque non est, cur non sit præferendus matri existenti in medio.

6 Codicillus confirmatus, habet vim testamenti solemnis.

---

§. XXXIX.

An existente Patre, & dissipante bona filiorum, possit eisdem filijs curator, seu tutor constitui.

SVMMARIVM.

Series disquisitionis exposita. 1.
Sententia asserens Patre dissipante bona filiorum, eisdem posse curatorem constitui. 2.
Sententia Bartoli distinguentis inter dissipationem mobilium, & immobilium. 3.
Opinio Bartoli ab alijs reijcitur. 4.
Probabilius potest bonorum curator constitui. 5.
Et non solum, si sit positiuus profusor, sed etiam negatiuus. 6.

Disquisitio XXXIX. Ex generali regula in præcedentibus tradita Patrem habenti tutor dari non potest. Modo supponimus, quod quidem filij impuberes Patrem habeant, sed, quod hic sit prodigus dissipator bonorum eorundem impuberum, & quærimus, vtrum eisdem impuberibus in ordine ad ipsorū bona possit, non obstante existentia patris, curator constitui?

1 Titulus in suis terminis expositus

Antonius *Piaggius de tut., & curat. q. 4. num. 7.* expressè asserit, quod patre dissipante bona filiorum, possit eisdem curator constitui, & hoc propter malos mores ex tali dissipatione resultantes in eodem patre. Sed hæc simplicitèr non admittit *Bartolus in l. in quæstione n. 2. C. de sent. pas.*, sed solummodo cum quadam distinctione; considerat enim, vtrum dissipatio sit talis, vt filius res dissipatas non posset vindicare, vt, si profuderit res mobiles, & pecuniarias, quæ vix possint recuperari, an verò sit talis, vt filius casdem possit vindicare, puta, si vendiderit prædia, aliaque immobilia, quæ permanent, nec consumuntur, & iuxta primam considerationem asserit, quod in ordine ad easdem res consumptibiles pater possit interdici administratione bonorum, & filijs curator constitui *arg. d. l. in quæstione C. de sent. pas., & in l. Imperator ff. ad Trebel.*, quod etiam intelligit in ordine ad immobilia, puta, domos, & similia, quando pater pateretur ea destrui. Iuxta secundam sentit, quod pater nequeat interdici talium administratione, nec in ordine ad eadem possit filijs curator constitui; quod probat, per textum *in l. 1. C. de bon. matern.*, atque iuxtà distinctionem Bartoli procedunt communitèr *DD. in d. l. in quæstione C. de sent. pas., & in l. cum oportet §. non autem C. de bon. quæ lib., Rodericus Suarez alleg. 4., Pulacius Rubeus in repet. c. per vestras §. 17. n. 13. de donat. inter vir., & vxor. Idem Bartolus in l. si constante n. 63. ff. solut. matrim., Arias Pinellus in l. 1. part. 2. num. 35. C. de bon. matern.*, qui testatur esse communem, licet ipse postea dissentiat.

2 Sententia asserens in hac hypothesi posse curatorē constitui.

3 Sententia Bartoli distinguētis inter dissipationem mobiliū, & immobilium.

Hanc tamen distinctionem Bartoli nō approbant *Alexander in l. Imperator nu. 14. ff. ad Trebel., Bocrius decis. 61. nu. 15., Arias Pinellus in d. l. 1. part. 2. nu. 35., Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1, c. 3. num. 6.*, considerant enim difficultates, quæ oriūtur in vendicatione bonorum etiam immobilium, expensas, & damna, quæ inde proueniunt, incertum litium exitum, probabilem probationum interitum, & plura alia incommoda, ex quibus, vel impossibilis, vel saltem perquam difficilis redditur eorundem bonorum vendicatio,

4 Opinio Bartoli ab alijs reijcitur.

tio, quod eo fortius eueniret, si alienatio, seu dissipatio per Patrem facta esset in personas potentiores. Quamobrem huic secundæ opinioni adherendo potius, quam distinctioni Bartoli

5 Probabilius potest bonorum curator constitui.

Respondeo, in hac hypothesi filijs impuberibus etiam patre existente, & dissipãte, vt supra, posse bonorum curatorem constitui. In hanc responsionem præter allegatos DD. reprobantes sententiam Bartoli consentiunt *Paulus de Castro in d. l. Imperator n. 9. ff. ad Trebel. Glosa in l. cogi in princip. verb. deductionem ff. ad Trebel., & in l. penult. ad fin. C. de bon. quæ lib., Doctor quidam de Hisp. primog. lib. 1. c. 16. nu. 14.*, quem allegat *Ioannes Gutierez loc. cit.* Rationes pro secunda sententia adductæ hoc concludenter euincunt; consulendum etenim est indemnitati pupillorum, quæ maximè periclitatur in huiusmodi alienationibus, & dissipationibus etiam quoad immobilia iuxta considerationes supra habitas, & maximè iniquum est damnum permittere ex eo, quod fortè possit reparari. Quis prudens sineret res suas in foueam cadere ex spe, quæ esse potest de earum extractione? Nec in hoc fidendum est qualitati, & affectioni patris, quia, cum in huiusmodi dissipationibus alienum se exhibeat, seu exhibuerit a pietate paterna, non relinquit locum fiduciæ alicui pietatis, & potius, vt tollitor est habendus, quam defensor.

Rationes pro hac nostra sententia.

Atque hæc adeo vera sunt, vt non solum procedant, quando pater positiuè huiusmodi bona dissiparet, sed etiam quando ex negligentia, & culpa sineret ea perire, & dissipari, prout notant *Alexander in d. l. Imperator ff. ad Tertul. col. 2., Aries Pinellus in d. l. 1. part. 2. nu. 34. C. de bon. matern. allegatus Doctor de Hisp. primog. lib. 1. cap. 16. nu. 12., Boerius decis. 61. n. 14. ad fin.*

6 Et non solum, si Pater positiuè profuderit, sed etiam negatiuè.

---

§. XL.

An, sit tutor datus a Patre in testamento fuerit suspectus, & prodigus, teneat datio.

SVMMARIVM.

Exponitur sensus difficultatis. 1.
Sententia, quod non teneat talis datio. 2.
Sententia, quod non teneat, si testator fuerit ignarus illius qualitatis in dato, teneat, si fuerit sciens. 3.
Huiusmodi datio non subsistit. 4.
Iudex quoad hoc potest voluntatem testatoris corrigere. 5.
Ipsi prodigi indigent potius curatore, quam, quod ipsi alijs præficiantur. 6.

Disquisitio XL. Condidit suum vltimum testamentum Caius, in quo institutis suis filijs impuberibus hæredibus eisdem constituit in eodem Semproniũ tutorem, qui erat persona suspecta, & manifestè prodiga. Dubitatũ hic fuit, an tutor sic datus subsisteret, & mortuo Patre, posset tutelam administrare? 1 Expositio casus in terminis.

Videretur in hoc non immorandum stantibus ijs, quæ docuimus *sub hoc eod. tit. de tut., & curat. prænot. 6. assert. 11.*, vbi, quod prodigus, & malè morigeratus non possit testamento dari tutor pupillis, prout etiam docuerunt *Socin. Iun. cons. 59. circa primum nu. 41. lib. 3., Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 7. n. 15., & 16., Antonius Piaggius eod. tract. q. 3. nu. 62.* 2 Sentẽtia, quod nõ teneat talis datio.

Sed, quia inuenio *Aret. in l. iscui lege col. 2. ff. de testament.* asserentem, quod etiam, si tutor datus à Patre esset suspectus, modo pater ipse de tali suspicione conscius fuerit, teneat, quod probat per textum *in l. in confirmando, & l. vtilitatem ff. de confirm. tut.*, & item etiam, si sic datus, esset manifestè prodigus, per textum *in l. tres tutores §. vlt. ff. ab administ. tut.* addita etiam ratione fundata in fiducia, quam habet lex in consilio patris erga filios, per textum *in l. amicissimos in princip. ff. de excus. tut.*; Ideo non recedendo ab ijs, quæ ibi dicta sunt, quin potius ad eadem corroboranda, & vindicanda à contrarijs, iterum aliqua subiungenda non incongruè duxi; Quamobrem 3 Sentẽtia, quod teneat, si testator fuerit cõscius prodigalitatis, non teneat, si fuerit ignorans

Respondeo, huiusmodi dationem non subsistere. Consentiunt DD. allegati in principio huius disquisitionis, *& d. prænot. 6. assert. 11.*; videtur enim talis datio directè opponi naturæ, & conditioni tutelæ, cuius præcipuum munus est tueri bona, & personam pupilli, cuius custodiæ destinatur; Quomodo autem præsumendum est, quod, qui non parcit sibi quoad personam, & bona propria, sit alteri parciturus? 4 Huiusmodi datio non subsistit.

Neque obesse potest, si afferatur, quod, cum pater sit rerum suarum moderator, & arbiter, sicuti potest res suas profundere, ita possit in ordine ad easdem tutorem constituere, quem nouerit res easdem fortè ex prodigalitate profusurum, & non prouidè administraturum; & sic voluntas eius sit sequenda. Non, inquam, obesse potest, quia quidquid sit, quod ipse patrimonium suum possit profundere, non potest tamen tutorem constituere, qui, postquam res illæ, seu patrimo-

trimonium ad pupillum deuenerint, sit profusurus, quia hoc resistit naturæ tutelæ, quæ est ad tuendum, non ad dissipandum; vndè Iudex quoad hoc poterit voluntatem eiusdem patris corrigere, & emendare per remotionem tutoris ab eo dati, & substitutionem alterius, cum potius vtilitas pupilli sit attendenda, quam voluntas patris, per textum *in d. l. vtilitatem ff. de confirm. tut., Spino in suo specul. testam. glos. 29. n. 15. Ibi- & sic Iudex Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 3. nu. 13.* Deindè, cum tutor detur principaliter personæ, & nonnisi in consequentiam rebus, stantibus eius prauis moribus resultantibus ex prodigalitate, & suspicione non videtur congruè dandus, cum obesse posset personæ, circa quam pater non potest disponere in præiudicialibus, vt per se patet. Tandem, quia, si ipse pater fuerit profusor bonorum pupillorum, & moribus talis, vt ex eis præsumi possit infectio liberorum, potest vt suspectus priuari administratione, & eidem substitui in ordine ad bona eorundem filiorum impuberum curator, ergà etiã, si tutor per ipsum datus fuerit manifestè prodigus, & moribus talis, vt præiudicium timeri possit & personæ pupillorum, & eorum bonis, poterit, vt incongruè datus remoueri, & eidem alter substitui, cum tunc esset dissipator bonorum pupillarium; nec aliquid potest efficere voluntas patris, quia hæc est omni rationi absona, non regulata, nec secundum dispositionem iuris, nec secundum debitam affectionem, & pietatem paternam, & sic non est attendenda voluntas eiusdem noxia, quæ sic facto est, sed, quæ esse deberet.

5 Iudex quoad hoc potest volũtatem testatoris corrigere.

Adde pro complemento, quod, cum prodigi, vt plurimum furiosum habeat exitum, per ea, quæ *d. prænot. 6. assert. 11.*, diximus eisdem potius curatores sit dandi, quam ipsi tutores aliorum constituendi, per textum *in l. bis, qui §. Diuus ff. de tut., & curat. dat. ab his, & in l. fin. in vers. qui enim C. de legit. tut., Socinus Iun. cons. 59. circa primum lib. 3., Antonius Piaggius de tut., & curat. q. 3. nu. 62.*

6 Ipsi prodigi indigent potius curatore, quã, vt ipsi alijs præficiantur.

Atque hæc, quæ hic dicuntur, æquè verificantur, siuè pater dans proprijs pupillis tutorem illũ prodigum, & suspectũ, ob malos mores nouerit illam prodigalitatem, & suspicionẽ, siuè ignorauerit; & quidem, si ignorauerit, indubitati iuris videtur, quia datus ex errore incõgruè datus intelligitur, & error ille est emendandus; si verò nouerit, tunc quidquid ex aduerso dixerit *Aretin. in d. l. is, cui lege col. 2. ff. de testam.* absolutè remouendus est tanquam ineptus, & non idoneus, propter rationes omnes, quas commendauimus.

Siuè testator nouerit hæc vitia, siue ignorauerit.

---

§. XLI.

An relictus curator filijs impuberis in testamento, censeatur ex voluntate testatoris relictus tutor.

SVMMARIVM.

Exponitur ratio disquisitionis. 1.
Quomodo quis intelligatur constitutus tutor, vel curator remissiuè. 2.
Relictus in testamento curator filiorum impuberum censetur ex voluntate eiusdem relictus propriè tutor. 3.
Dispositio debet intelligi secundum indigentiam rei. 4.
Diuersum est dicere; cõstituo rerum mearũ curatorem, *ac dicere*; constituo filiorum meorum impuberum curatorem. 5.
Si testator dixerit, se constituere curatorem rerum suarum, intelligitur solum voluisse ipsum, vt curatorem. 6.

Disquisitio XLI. Condito suo vltimo testamento Titius rogauit Caium, vt esset curator filij sui impuberis, nihilque aliud expressit de tutela. Quæsitum hic fuit, an Caius ex voluntate Titij, qui eum rogauit, vt esset curator filiorum suorum, seu filij sui impuberis, intelligatur etiam tutor propriè constitutus?

1 Status, quæsiti expositus

Plura circa hanc materiam secundum diuersos modos, quibus intelligi potest quis datus curator, vel tutor, dicta sunt *sub hoc eodem titulo de tut., & curat. prænot. VIII. sub assert. 5. per totum*, vbi signanter exposuimus modos, quibus certò intelligitur tutor constitutus, & *hoc in vers. enumero primo casus*, item modos, quibus dubium est, an tutor, an curator fuerit datus, & *hoc à vers. dubij iuris videtur vsque ad vers. enumero iam casus aliquot*; item modos, quibus determinatè non censetur tutor constitutus, & *hoc à d. vers. enumero iam casus aliquot vsque ad assertionem sextam*, quæ omnia hic sunt recolenda. Loquendo iam in determinato casu secundum terminos propositos.

2 Quomodo quis intelligatur constitutus tutor, vel curator remissiuè

Respondeo. Relictus à parente in testamento curator filiorum suorum impuberum censetur ex voluntate eiusdem relictus propriè tutor eorundem. *Bartolus in l. 1. num. 1. ff. de confirm. tut., Aretin. cons. 65. col. 2. in medio, Caldas Pereira in repet. l. si curatorem habens in verb. siue cura-*

3 Relictus in testamento curator filiorum impuberum, censetur ex voluntate eiusdẽ relictus propriè tutor.

ratore constitutus num. 116. C. de in integ. restit. minor., Bartolomeus Socin. in l. qui datur ff. de reb. dub., Carolus Molineus ad Decium in c. ex parte 2. de appellat. Ratio ex eo deducitur primo, quia dispositio debet potius intelligi secundum indigentiam rei, & mentem disponentis, quam secundum verborum corticem per textũ *in l. scire legat. 17. ff. de legib. & l. non aliter*

4 Dispositio debet intelligi secundũ indigentiam rei.

69. ff. de legat. 3. Sed hic versamur in casu, secundum quem, cum agatur de impuberi, indigentia principalis est circa personam, adeoque potius tutoris, qui principalitèr datur personæ, quam curatoris, & præsumendum est, quod testator voluerit principalitèr consulere personæ impuberis indigentis, ergo illa dispositio intelligenda est de tutore, & de prouisione potius in ordine ad personam, quam ad res.

Secundo, quia est quid diuersum dicere, *Esto curator rerum mearum*, ac dicere *Esto curator filiorum meorum impuberum*,

5 Diuersum est dicere constituo rerum mearum curatorem, ac constituo filiorum meorum impuberum curatorē.

ergo licet in primo casu propriè non constituatur tutor, cum detur rebus, in secundo tamen intelligetur propriè constitui, cum principalitèr detur personæ; ad quod plurimum conferre possunt ea, quæ tradunt *Bartolomeus Socinus in d. l. qui duos ff. de reb. dub., & Castrensis in l. si vir vxori, seu l. sed si hoc §. cum vir ff. de condit. & demonst., Carolus Molinæus ad Decium in c. ex parte 2. de appel.* nempe, quod, si testator dixerit, se filios suos relinquere sub gubernio, regimine, & cura alterius intelligatur huic propriè constituisse tutorem, ergo etiam intelligitur constituisse, si dixerit, se coostituere talem curatorem filiorum suorum impuberum. Quid enim aliud est dicere, se constituere talem curatorem filiorum suorum impuberum, quam dicere, se filios suos impuberes relinquere sub illius cura?

Tertio, quia, si Pater dixerit se liberos suos relinquere sub potestate talis personæ nominatæ idoneæ ad tale munus, talis persona intelligitur propriè tutrix talium liberorum *Decius in c. ex parte 2. de appel., Montanus de tut. & curat. c. 11. n. 2., Menochius de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 149., Francus decis. 584., Boerius decis. 124. num. 6.*, ergo etiam, si dixerit talem personam relinquere curatorem filiorum suorum, quia huiusmodi dispositiones in vnum, & idem releuant. Adde, quod, cum regularitèr in testamentis curatores non dentur, & si dentur, indigent confirmatione, prout expresse habetur *in l. 1. ff. de confirm. tut. & §. dantur Instit. de curat.* præsumatur, quod testator dicens se dare curatorem filiorum suorum impuberum, voluerit accepto promiscuè nomine curatoris pro tutore propriè tutorem dare, vt se conformaret dispositioni iuris, & ne eius datio indigeret confirmatione.

Alia præsumptio pro responsione.

Si autem hic quæras, an, si testator non dixerit, se constituere curatorem filij sui impuberis, sed rerum suarum, quas reliquerit post eius mortem, intelligatur etiã constituisse illum tutorem, an verò dumtaxat curatorem? Tunc probabilius crederem, constituisse simplicitèr curatorem *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 3. num. 18.* Ratio ex eo deducitur, quia illa verba videntur potius vel saltem magis principalitèr referri ad bona, quam ad personam pupillorũ, & magis sunt apta significare curam, quam tutelam, ergo per eadem videtur potius curator constitui, quam tutor; Neque obstant ea, quæ in præcedentibus pro nostra responsione dicebantur, nempe, quod cum agatur de filijs impuberibus, qui indigent tutela quoad personam, dispositio intelligatur relata ad tutelam, vel quod cum curator propriè non detur in testamento debeat sub nomine curatoris dispositum intelligi de tutore; Non obstant, inquam, quia, quando dispositio principaliter, & expresso nomine curatoris refertur ad res, duo inuoluit, quæ inferunt curam potius, quam tutelam, nempe nomen curatoris, & vlterius res potius, quam personam, vnde non est, cur ex duplici illa ratione non sit potius de curatione, quam de tutela intelligenda. Ad illud, quod additur, dic, quod etiam in testamento possit dari curator, sed hic ad deferentiam tutoris exigit Iudicis confirmationem, quæ vtique in hoc casu esset ponenda.

6 Si dixerit se constituere curatorem rerum suarum intelligitur solũ curator.

---

§. XLII.

A quonam tempore incipiat currere tutela testamentaria.

SVMMARIVM.

Sensus difficultatis exponitur. 1.

Sententia asserens, incipere à die adita hæreditatis. 2.

Sententia asserens, tutorem etiam testamentarium non incipere ante decretum Iudicis. 3.

Probabilius non incipit quoad onus tutoris nisi post decretum Iudicis. 4.

Iura contraria procedunt quoad delationem tutelæ, non quoad administrationem. 5.

Intellige, nisi data esset facultas administrandi propria auctoritate. 6.

Si

Si ante decretum Iudicis damna pupillis emanauerint, tenetur post decretum agere ad illorum reparationem. 7.

1 Exponitur ratio dubitandi circa titulum.

DIsquisitio XLII. Constitutus fuerat Cains in testamento Titij tutor filiorum impuberum eiusdem Titij. Hoc nempe Titio iam defunctn adita fuit hæreditas eiusdem Titij, vel per tutorem Attilianum ad hoc munus constitutum, vel alio modo. Adita hac hæreditate dilatum est decretum Iudicis in ordine ad administrationem, & interim damna aliqua eidem hæreditati obrepserunt. Hic excitata fuit controuersia, an tutor testamentarius actione tutelæ teneretur ad illa damna reparanda eo, quod eius munns incæperit a die aditæ hæreditatis, an verò eximeretur ab illn onere eo, quod eius officium snlum currere cæperit à die interpositi decreti?

2 Sententia asserens incipere à die aditæ hæreditatis.

Ex ipsis terminis patet hanc difficultatem pendere ab illa quæstione, an tutela testamentaria incipiat à die aditæ hæreditatis, an verò à die interpositi decreti. Circa quam *Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 5. num. 14.* dicit sine dubio, quando tutor simplicitèr datus est in testamento, à die aditæ hæreditatis tutelam deferri, & incipere, qund probat per textum *in l. si nemo ff. de testam. tut.* vbi dicitur, quod ante aditionem non valeat, si verò facta fuerit aditin, statim tutela valeat, quinimmn ibi dicitur, quod, si plures fuerint hæredes, & vnus adierit etiam non expectato, quod alij aderint, teneat tutela, in quo consentit ibi Glosa, & DD. Addit *ibid. Gutierez vers. sic etiam fuitate*, quod, quandn hæres est filius testatoris, & per consequens hæres suus confirmetur tutela testamentaria etiam sine aditinne, prout etiam notat *Bartolus in l. si filius qui Patre num. 6. ff. de vulg. & pup., & ibi Alexander num. 23., Socinus num. 20., Iason num. 19.;* ex quibus videtur obligari tutor testamentarius à die mortis secutæ Patris testatoris.

3 Sententia asserens tutorem etiam testamentarium non incipere ante decretum Iudicis.

Ex aduersn satis communiter docent, tutnrem etiam testamentarium nnn posse administrare sine decreto Iudicis; non enim debet administrationem propria auctoritate occupare, etiam si datus sit in testamentn solemni, nullamque patiente exceptionem per textum *in l. 4. ff. de auctor. tut. & l. fin. §. illud procul dubio. C. arbit. tut., Bartolus in l. legitimos in princip. nu. 3. ff. de legit. tut., Antonius Piaggius de tut., & curat. q. 7. num. 1., & 2., Caldas Pereira in repet. l. si curatorem habens in parte sine curatore constitutus nu. 16. in vers. licet autem C. de in integ. rest. min.*, quod etiam probant ex eo, quod tutor testamentarius non pnssit administrare tutelam, nisi prius innentarin publicè factn, quod Iudicis decretum præsuponit, per textum *in l. fin. ff. vt in posses. leg.* Limitant tamen aliqui in casu, quandn testator ipse decreuit administrationem, seu statuit in testamento, quod tutor per ipsum electus propria auctoritate administrationem assumeret; sicuti enim potest hoc Iudex disponere, ita, & testatnr quoad res suas, per textum *in l. cui eorum, & ibi Glosa 1. ff. de postul., Boerius decis. 124. nu. 14. ad fin.* eo, quia vnluntas testatoris pro lege habeatur. His positis

4 Probabilius non incipit nisi post decretum Iudicis.

Responden, probabilius non incipere tutelam quoad nnus tutnris, nisi post decretum Iudicis administratinnem eidem deferentis, adeoq; nnn teneri, nisi de gestis, & neglectis, nisi post tale decretum. In hanc responsinnem existimo consentire DD. nmnes pro secunda sententia allegatos sentientes, tutelam non incipere currere tutori testamentario, nisi post decretum Iudicis, & vlterius *Baldus in l. Orphanotropos in princip. nn. 4. C. de Episc., & Cler., & in l. facultas C. de iure fisc. lib. 10., Paulus de Castro cons. 356. post quam isti n. 4. lib. 1., Bertrandus cons. 63. nu. 1. part. 1. vol. 2., Socinus Iun. cons. 148. n. 8. vol. 2.* Ratin ex eo deducitur, quia ante tale decretum non competit ius administratinnis tutori testamẽtario, ergo, nec onera, quæ consurgunt ex tali administratione, vbi etenim nequit se ingerere in administratinne, neque subesse debet oneribus eiusdem.

Ante tale decretum non competit ius administrationis

Neque obstant ea, quæ ex aduerso afferebantur pro prima sententia asserente tutelam incipere à die aditæ hæreditatis, quinimmo, si testamentum fuerit inter suos à die mortis eiusdem testatoris; Nnn nbstant, inquam, quia ea, quæ dicuntur ex allegatis iuribus, & DD. intelligenda sunt quoad delationem tutelæ, quæ certè non indiget Iudicis decreto, cum ideo tutores dicantur testamentarij, quia testamento creantur, sicuti dicuntur legitimi, quia constituuntur à iure independenter à quocunque Iudicis decreto quoad constitutionem, & delationem, per textum *in l. legitimos in princip. ff. de legit. tut.*; sed intelligi non possunt quoad exercitium, & facultatem administrandi, quia quoad hnc necessarium est Iudicis decretum, nec sufficit sola delatio à testamento, siue à iure quoad legitimos per ea, quæ supra probauimus ex allegatis iuribus, & DD. vndè sine licentia, & facultate administrandi concessa à Iudice, nnn potest tutor aliquid administrare, vt colligitur *ex d. l. fin. §. illud procul dubio C. arbitrium*

Solutiones contrariorũ argumentorum.

5 Iura contraria procedũt quoad delationem tutelæ, non quoad administrationẽ.

bitrium tut., & in l. 4. ff. de auct. tut., Baeca de decim. tut. c. 2. n. 64.

6 Intellige nisi data fuerit facultas administrandi propria auctoritate.

Hæc tamen intellige iuxta superius dicta, quando per ipsum testatorem non esset decreta administratio, seu data facultas administrandi propria auctoritate, quia tunc certè teneretur de neglectis, seu malè gestis immediatè post obitum testatoris, quia tunc interuenit culpa ipsius tutoris, si neglexit, vel malè gessit, & in hoc consentire videntur *Bartolus in d. l. legitimos in princip. num. 3. ff. de legit. tut., Carolus Ruinus cons. 126. quamuis ille in princip. lib. 5., Gregorius Lopez in l. 3. glos. 1., ibi, & an in tutore tit. 16. part. 6., Piaggius de tut., & curat. q. 7. num. 4., & seqq., Baeca de decim. tut. c. 2. nu. 65.*

7 Si ante decretum Iudicis damna pupillis emanauerint tenetur post decretum agere ad illorum reparationem.

Sed hic oritur difficultas, an, si tutore testamentario indigente decreto Iudicis ad administrandam tutelam ante tale decretum damna emanauerint in hæreditate pupilli eius custodiæ per testatorem demandati, teneatur post decretum ex vi proprij muneris agere, si possit, ad reparationem talium damnorum, &, si non egerit, teneatur actione tutelæ de talibus damnis non reparatis? Probabilius, arbitror teneri agere ad reparationem talium damnorum, si reparabilia sint, &, si non egerit, teneri de illis tanquam de neglectis. Rationem ex eo deduco, quia tutor, qua tutor est, datur ad tuendam personam pupilli, & omnia eius iura, quæ sunt de præsenti, quamuis orta fuerint de præterito, vel referantur ad futura quoad executionem, arg. eorum, quæ habentur *in §. datus instit. de excus. tut., Alexander cons. 128. n. 3., & 4. lib. per textum in l. propter litem §. licet ff. de excus. tut., & l. magis puto §. illud ff. de reb. eorum*, vbi, quod tutela ex genere suo extendatur ad omnia, sed ius ad talem damnorum reparationem est inter iura de præsenti pupillorum, licet ortum fuerit de præterito, ergo tutor ex vi muneris sibi collati tenetur ad reparationem talium damnorum procurandam, &, si non egerit, vtpote deficiens à proprio munere tenebitur actione tutelæ de illis tanquam neglectis. Confirmatur, quia, si aliquod ius ortum fuerit ante delationem tutelæ, tutor post eandem sibi delatam tenetur ad eiusdem iuris consecutionem, cum contineatur etiam de præsenti inter iura pupilli, ergo etiam quantumuis ius ad illorum damnorum reparationem ortum fuerit, antequam exercitium tutelæ sibi per Iudicem decerneretur, tenebitur post acquisitam administrationem talis tutelæ agere ad adimplementum talis iuris, adeoq; ad reparationem talium damnorum,

§. XLIII.

An tutor datus à Patre in testamento filio suo impuberi habito ex concubina propria, quem hæredem instituit, indigeat confirmatione.

SVMMARIVM.

Status difficultatis proposita. 1.

Tutor datus à Patre in testamento filijs naturalibus indiget confirmatione. 2.

Quinam propriè dicatur filius ex concubina remissiuè. 3.

Probabilius est, quod tutor sic datus à Patre filio ex concubina indigeat confirmatione. 4.

Excluditur argumentum deductum à dilectione Amasij erga concubinam. 4.

1 Sensus difficultatis propositæ.

Disquisitio XLIII. Habuit ex concubina propriè sumpta, quam domi retinebat, Sempronius filium, quem in impubertate existentem sibi hæredem vniuersalem scripsit constituto eidem in testamento tutore Antonio, & postea decessit Sempronius testator. Orta hic fuit controuersia, an tutor sic datus sit ex necessitate confirmandus, antequam suscipiat administrationem tutelæ, an verò sine tali confirmatione possit administrare ad normam tutorum, qui dati sunt filijs impuberibus legitimis in testamento solemni, & valido.

2 Tutor datus à Patre in testamento filijs naturalibus, indiget confirmatione.

Tutores datos à Patre filijs naturalibus in testamento, etiam si eosdem hæredes instituerit, confirmandos esse a Iudice, nec ante confirmationem posse administrationem tutelæ exercere, habetur expresè *in l. fin. C. de confirm. tut.*, & docet *Gutierez de tut., & curat. c. 4. n. 18.*, qui etiam de iure hispano allegat *l. 8. tit. 16. part. 6.*

3 Quinam propriè dicatur filius ex concubina remissiuè.

Difficultas solummodo est, quod filius ille fuerit ex concubina propriè accepta, & domi retenta cum conditionibus, de quibus latè *Natta cons. 421. nu. 3., Surdus de aliment. tit. 1. q. 9. n. 10., Mascardus de probat. concl. 341.*, & propterea videtur aliquibus specialibus prærogatiuis gaudere supra alios illegitimos; vndè sicuti teste *Baldo in l. etiam in fin. C. de testib.* concubina æquiparatur vxori in affectu, & succedit ab intestato, sicut vxor per textum *in §. consideramus in auth. de trient., & semis., Angelus in auth. quib. mod. nat. effic. legit. collat. 6.*; ita videntur eius filij sequentes quodamodo conditionem matris sortiri conditiones aliquas qui-

quibus alijs illegitimis præferantur, & propterea oritur hic ratio dubitandi in hoc speciali, de quo hic agimus gaudeant hac qualitate, vt tutor eis datus per patrem in testamento, qui illos hæredes instituit, non indigeat confirmatione, sicuti non indiget, quando tutor datus est legitimis.

4 Probabilius est, quod tutor sic datus filio ex concubina indigeat confirmatione.

Respondeo, probabilius esse, quod huiusmodi tutor sic datus à patre indigeat confirmatione, prout expressè docet *Ioannes Gutierez de tut., & curat. c.4. n.14.*, qui de iure Hispano asserit euidentèr cócludi *in l.8. tit. 16. part. 6.*; sed hoc etiam arbitror verum de iure communi, quandoquidem per allegata iura tutores dati filijs naturalibus in testamento indigent confirmatione, ergo etiam filijs susceptis ex concubina dati tutores in testamento erunt confirmandi, cum non egrediantur à ratione purè naturalium, quandoquidem, quidquid exigat rigor iuris ciuilis, de æquitate canonica, & secundum communem vsum loquendi concubina dicitur illa, quæ est soluta cum soluto, ad effectum habendi filios ex ea natos pro naturalibus, quod est notandum pro statutis, & legibus loquentibus de filijs naturalibus *Caraueta consf. 166. nu. 8., Gratianus discept. for. c.31. in princip., Michalor. de fratrib. part. 3. c.19. per tot., Rota Roman. part. 9. recent. decis. 190. n. 14., & seqq.*; filijs autem ex soluto, & soluta genitis tutores dati à patre tunc confirmandi, vt ex allegatis iuribus, adeoq; &c.

Rationes pro hac responsione.

Accedit, quod, si pater huiusmodi filijs nihil reliquerit in testamento, non possit eisdem tutorem dare, per textum *in l. naturalis 7. ff. de confirm. tut.*, & sic in tantum poterit dare, in quantum eosdem filios instituit; quando autem dat, quia filios instituit hæredes, tutor sic datus indiget confirmatione, vt possit ministrare, & circa hoc omnia iura sic clamant.

5 Excluditur argumentum deductũ à dilectione Amasij erga concubinam.

Quod, si dixeris, quod speciale fundamentum, ob quod pater filijs suis legitimis possit tutorem relinquere, qui nó indiget confirmatione, consistat in speciali affectione, qua pater præsumitur eosdem filios diligere, quaquè maior esse non potest, sed hoc militat quoque in ordine ad filios ex concubina propriè sumpta acceptos, quandoquidem, sicuti ex superius dictis concubina æquiparatur vxori in affectu, licet non in honore, vt notat *Baldus in d. l. fin. C. de testib.*, ita eius concubinæ filij videntur æquiparandi filijs legitimis sumpto argumento à matre ad filios; statim impugnaberis, quia illa affectio Amasij erga concubinam, cú non fundetur in legitima vnitate, sed potius in concupiscentia carnis est potius intensiua, quam appretiatiua, adeoque quoad appretiationem non est æquiparabilis affectui maritali, nisi per quandam accomodationem. Deindè data etiam æquiparatione concubinæ ad vxorem in affectione non rectè deducitur æquiparatio filiorum ex concubina susceptorum ad filios legitimos in eadem affectione; stante etenim defectu natalium filij non sunt digni tanta dilectione, &c, si quandoque tanti æstimat; seu tantum diligat Amasius concubinam, quanti, seu quantum maritus vxorem, hoc est ex speciali prærogatiua eiusdem concubinæ, quæ non transfunditur in eius filios.

§. XLIV.

An, si Pater naturalis filio bona reliquerit in testamento, & eidem tutorem constituerit, tutor ille intelligatur talis etiam quoad bona non relicta à Patre.

SVMMARIVM.

Explicatur in quo sensu accipiendus sit titulus. 1.

Sententia asserens, tutorem sic constitutum à Patre extendi ad omnia bona etiam, quæ aliunde prouenerunt. 2.

In quo sensu intelligenda sit hæc opinio. 3.

Probabilius est, quod tutor datus à Patre in testamento filio naturali, quem hæredem instituit extendatur etiam ad bona, quæ filio aliundè obuenerunt. 4.

Disquisitio XLIV. Habuit Titius filium non ex legitimo matrimonio, quem in suo vltimo testamento, vel in asse, vel in maiori bonorum suorum parte sibi hæredem scripsit, simulque eidem constituit tutorem, cum esset impubes. Gaudebat idem filius alijs bonis, quæ fortè in valore excedebant bona per patrem eidem relicta, quæ bona ex alio titulo eidem filio obuenerant. Quæsitum fuit, an tutor à Patre eidem datus extenderetur etiam in ordine ad bona eidem filio ex alio titulo competentia, & eadem ratione, & modo. 1 Sensus disquisitionis exponitur.

Gutierez *de tut., & curat. part. 1. c. 4. n.16.*, asserit, tutorem illum datum à patre in testamento filio naturali, quem instituit suum hæredem, extendi etiam ad bona, quæ aliundè prouenerunt eidem filio; hunc tamen tutorem in ordine ad propria bona patris indigere qui- 2 Sententia asserens extendi etiam ad bona, quæ aliundè prouenerunt.

Sf dem

dem confirmatione, non tamen inquisitione, in ordine tamen ad alia bona, quę eidem aliundè prouenerunt indigere, nedum confirmatione, sed etiam inquisitione, atque pro hac sua opinione allegat *Bartolum in l. naturali §. 1. ff. de confir. tut.*, *Mainerum in l. quo tutela n. 19., & 21. ff. de reg. iur.*, *Siluestrum in §. permissum num. 9. instit. de tutel.*, *Palaeotum de nothis*, *& spurys fil. c. 52.*

3 Hæc opinio Gutierez procedit iuxta primam interpretationem *Glosa in l. naturali in verb. nihil relictum est ff. de legit. tut.*, vbi, quod, si pater aliquid reliquerit filio illegitimo, & naturali, possit eidem tutorem relinquere, qui solum indiget confirmatione, Ibi- *Alioqui*, hoc est, si instituerit, vel aliquid reliquerit, *confirmetur sine inquisitione*, quod probat per textum *in l. fin. C. de legit. tut.*, *& l. 1. in princ. C. quando mul. tut. offic. fung. pot.*, non autem iuxta secundam interpretationem *eiusdem glosæ ibid.*, vbi dicit, quod, si pater filium illegitimum instituerit, vel aliquid ei reliquerit, tunc tutor per ipsũ Patrem datus confirmetur cum inquisitione, si verò nihil reliquit, etiam cum inquisitione non confirmetur, quod videtur deduci ex textu *in d. l. naturali ff. de legit. tut.* Ibi- *Naturali filio, cum nihil relictum est, frustra tutor à Patre datur, nec sine inquisitione confirmatur*; vndè iuxta hanc secũdam interpretationem diceret idem Gutierez, quod in ordine ad bona, quæ filio naturali aliundè obuenerunt, tutor à patre datus non extendatur, etiamsi super ipsum facta esset inquisitio; si enim iuxta primam interpretationem, quam ipse tenet, sentit, quod tutor datus à patre filio, cui aliquid reliquit, solum sit confirmandus, & si nihil reliquerit, sit confirmandus cum inquisitione, & per consequens, quod in hoc casu, in quo bona reliquit filio naturali, qui aliundè gaudet alijs bonis, tutor ab eodem patre datus sola confirmatione indigeat in ordine ad bona relicta à patre; in ordine ad alia aliundè obuenta indigeat confirmatione simul, & inquisitione, vtique iuxta secundam interpretationem, si ipsam admitteret, teneretur dicere, quod in ordine ad bona per patrem relicta filius esset confirmandus cum inquisitione, & in ordine ad alia bona, quæ aliundè filio naturali obuenerunt, tutor etiam cum inquisitione non sit confirmandus, & propterea in ordine ad talia bona alius tutor sit dandus.

In quo sensu intelligenda sit hæc opinio exponitur.

Omissa hac controuersia, hisque interpretationibus resolutionem pręsentis difficultatis aliundè ego desumendam existimo, & in primis considero, an alius fuerit datus tutor in ordine ad bona, quę aliundè illi filio naturali obuenerunt, an nullus? & quidem, si alius antecedentèr fuerit datus, de eo occurret sermo in sequenti paragrapho. Supposito igitur in præsenti, quod alius non fuerit datus, considero, quod quamuis *in l. pater ff. de testam. tut.* dicatur, quod quando datus est à matre tutor filio, quem hæredem instituit, videatur potius in rem datus, quam in personam, quod idem videtur dicendum, quando pater dedit filio naturali, quem instituit; nihilominus denegari non possit, quod, quando præcipuè datus est à patre, cum propriè datus sit vt tutor, non simpliciter vt curator, intelligatur datus personæ filij eiusdem; quo supposito.

Considerationes pro resolutione.

4 Respondeo probabilius esse, quod tutor datus à patre in testamento filio naturali, cui aliquid reliquit, vel hæredem instituit, & à Iudice confirmatus extendatur etiam ad bona, quæ aliundè eidem filio naturali obuenerunt sine alia inquisitione. Hanc responsionem apud neminem vidi; video tamen firmis, validisque rationibus inniti. Prima ratio esse potest, quia iuxta mox attacta tutor sic datus à patre intelligitur datus personæ, quod verificatur, siue sit datus à lege, siue à Iudice, siue à patre in testamẽto arg. eorum, quæ docent *Glosa in §. 1. verb. data instit. de tutel.*, *& in §. ad certum verb. persona instit.*, *qui testam. tut.*, *Marianus Socinus conf 97. num. 6.*, *& conf. 148. n. 2. lib. 1.*, *& conf. 85. nu. 25. lib. 2.*, *Alexander conf. 44. n. 17. lib. 5.*, persona autem, vtpotè dignior, quando nihil dispositum est de illis aliundè, trahit etiam res in consequentiam, nec consideratur, vnde res obuenerint &c. Secunda, quia, si pater in testamento filio suo legitimo impuberi tutorem constituerit, huius officium extenditur in ordine ad bona quæcunq; quæ aliundè eidem filio obuenerint, ergo etiam, si testamento filio suo naturali impuberi, quem hæredem instituit, tutorem constituerit, huius officium intelligi debet extendi etiam ad bona eidem filio obuenta, quando in ordine ad illa non est dispositum de alio tutore, vel curatore, quandoquidem hæc sola videtur differentia inter tutorem datum filijs legitimis in testamento solemni, & tutorem datum in testamento filijs naturalibus, quos instituit, quod hic indigeat confirmatione, non ille, cæteroqui in extensione bonorum, quando aliter dispositum non est, non video discrimen; quod etiam confirmari potest ex eo, quod etiam tutor datus à Iudice extendatur ad omnia bona pupilli, siuè quæ antecedencedem-

Probabilius est, quod tutor datus à Patre in testamento filio naturali, quẽ hæredem instituit, extendatur etiam ad alia bona, quę aliundè obuenerunt.

Rationes pro hac resolutione.

cedentèr obuenerunt eidem independentèr à Patre, siue subsequenter ad dationem illius tutoris.

Tertia ratio est, quia ille, à quo prouenerunt illa alia bona in filium, ex quo nec de tutore, nec de curatore prouidit, præsumitur illa contulisse ea dispositione, vt administrarentur per eum, à quo cetera bona filij administrantur, ergo per eum tutorem, à quo regitur persona eiusdem filij, & bona ipsi relicta per Patrem.

§. XLV.

An, si Pater naturalis dederit filio tutorem, & Mater alterum sit præferendus datus à Patre, an verò datus à Matre.

SVMMARIVM.

Exponitur titulus in particulari casu. 1.
Sententia asserens vtrumque esse admittendum pro sua parte, si vterque simul concurrat. 2.
Si verò ex interuallo, ille admittendus, qui prior concurrit. Ibid.
Sententia asserens per Iudicem rem dirimendam attenta vtilitate pupilli. 3.
Vterque admittendus est pro rata bonorum. 4.

Disquisitio XLV. Cum ex sæpius repetitis constet, Patrem non posse filio naturali, & illegitimo tutorem testamento constituere, nisi illum hęredem instituerit, vel aliquid eidem reliquerit, in quo casu etiam est confirmandus, & item Matrem non posse filio tutorem dare, nisi illum instituat; orta hic fuit controuersia, an, si Pater eundem filium naturalem instituerit, & simul tutorem eidem dederit, & item Mater hæc præstiterit dando alium tutorem, tutor à Patre datus sit confirmandus cum exclusione alterius dati a Matre, an verò ille Matris cum exclusione tutoris paterni, an verò vterque admittendus ad tutelam, & quomodo?

1 Expositio tituli.

2 Sententia asserens, quod, si vterque tutor simul concurrat, vterque pro sua parte admittendus sit, si verò ex interuallo, ille admittendus, qui prior.

Proponit hanc difficultatem *Angelus in l. fin. C. de confirm. tut.*, & in eiusdem resolutione cum distinctione procedit hoc pacto, vel tutores constituti à Patre, & Matre simul concurrunt, vel non simul, sed ex interuallo concurrunt; si simul concurrunt, asserit, quod vterque admittendus est, sed vnuiquisque in ordine ad bona illius, à quo tutor constitutus est; si verò simul non concurrant, ille præferendus sit, qui primo tutor datus est, & hoc conformiter ad regulam, quod tutorem habenti alius tutor dari non possit. Hancque opinionem magis approbat *Gutierez de tut. & curat. d. 1. 4. num. 17. vers. mihi magis opinio*, & asserit firmari *in d. l. fin. C. de confirm. tut.*

Ex alia parte *Albericus in d. l. fin. C. de confirm. tut.*, & *Gregorius Lopez in l. 8. glos. fin. part. 6.* dicunt, hoc esse Iudicis arbitrio remittendum attenta vtilitate pupilli, cum limitatione tamen, vt si patrimonium pupilli conflatum ex hæreditate tàm paterna, quàm materna sit magnū, & diffusū, tunc vnusquisq; ex tutoribus pręferatur bonis à suo principali relictis.

3 Sententia asserens per Iudicem rem dirimendam, attenta vtilitate pupilli.

Memini me de hac materia sermonem habuisse in præcedentibus, & signantèr *sub hoc eodem tit. de tut. & curat. Disq. 1. §. 28.* vbi in concursu tutoris dati à testatore extraneo, qui pupillum hæredem instituit, cum tutore à Patre in testamento, vel ab alio constitutum dixi vtrumq; admittendū, ita tamen vt in administratione alter gerat negotia eius pupilli quoad bona relicta ab eo, qui eundem tutorem constituit, alter verò quoad bona ab alio relicta, quæ omnia ibidem latè probaui, & a contrarijs omnibus expurgaui. Sed quomodo saluari poterit effatum illud iuridicum, quod *tutorem habenti non possit dari tutor?* Dic, quod, quamuis illud regulariter verificetur, in aliquibus tamen casibus admittat exceptionem, & præcipuè, quando bona à pluribus obueniunt, & vnuisquisque rebus suis tutelæ leges præscribit; nec obstat, quod eadem persona pupilli pluribus simul subijciatur, vt quando ab eodem plures tutores constituuntur; si enim simul possunt constitui, cur non diuisim, præcipuè, si à pluribus bona obueniunt sub illa conditione?

4 Vterq; est admittēdus pro rata bonorum remissiuè.

Soluuntur obiecta contraria.

Quod, si hæc verificautur, quando à Patre in testamento solemni filijs legitimis impuberibus constitutus est tutor, & simul alius à testatore extraneo instituente eosdem filios impuberes hæredes; non video, cur verificari nequeant, quinimmò à fortiori, quando tutor datus est à Patre naturali, & à Matre? Certè tutela testamentaria à Patre data filijs suis legitimis impuberibus fortior est, nec aliqua indiget confirmatione, & cæteris alijs omnibus præferenda, & tamen hæc iuxta alibi dicta non excludit aliam ab extraneo datam, qui eosdem filios hæredes instituit, ergo non erit, cur data à Patre naturali filijs suis illegitimis, quibus aliquid reliquit, debeat excludere tutelam maternam, quæ eosdem filios in suis bonis instituit cum illa conditione.

Ratio à fortiori.

§. XLVI.

An vno filio exhæredato, altero instituto ratione suitatis istius confirmetur etiam tutela quoad alterum exhæredatum.

SUMMARIUM.

Sensus disquisitionis exponitur. 1.
Pater filio exhæredato potest tutorem constituere. 2.
Sententia asserens, quod vno filio exhæredato, altero instituto ratione suitatis non confirmetur datio tutoris in ordine ad exhæredatum. 3.
Probabilius confirmatur etiam in ordine ad exhæredatum. 4.
Soluuntur rationes oppositæ sententiæ. 5.

Disquisitio XLVI. Iuxta vnam sententiam supra positam incipit currere tempus testamentariæ tutelæ, quando adita est hæreditas, & quando testamentum est inter suos ipsa suitas habetur pro aditione ad effectum, vt tutor datus in testamento possit immediatè ingredi administrationem. Hoc supposito pro nunc suppono etiam, quod Pater vnum ex filijs exhæredauerit, & alterum instituerit, & quæro, vtrum etiam respectu exhæredati suitas sit sufficiens, vt tutor datus possit etiam respectu eiusdem administrare immediatè?

1 Sensus disquisitionis expositus.

Quod autem ipsa suitas habeatur pro aditione ad hunc effectum docet *Bartolus in l. si filius qui Patre num. 6. ff. de vulg. & pupil. & ibi Alexander num. 23., Socin. num. 20., Iason num. 19.* Quod item Pater non solum filio instituto, sed etiam exhæredato possit tutorem constituere habetur *in l. Pater hæredi 4. in princip. ff. de testam. tut.*, & expressè docet *Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 3. num. 24.*, vbi etiam adducit rationem consistentem in eo, quod datio tutoris fit in fauorem pupilli dependenter a potestate, quam Pater adhuc retinet, vnde, sicuti potest substituere filio suo pupillo exhæredato per textum *in §. nec solum Instit. de pupil. subst.*, ita non videtur quid posse obsistere, quominus filio exhæredato possit tutorem constituere.

2 Pater filio exhæredato potest tutorem constituere.

Latè examinat propositam difficultatem in terminis proprijs *Angelus in tract. de suitate q. 9. num. 27. vol. 8. tract. diuers. Doctorum*, vbi asserit, quod suitate confirmetur tutela testamentaria, quando suitas residet in persona eius, cui datur tutela; vnde concludit, quod, si filio impuberi exhæredato datus esset tutor, & alius filius esset institutus, sola eius suitate non confirmaretur datio talis tutoris in ordine ad exhæredatum, atque hanc materiam signantèr pro hac sententia latè prosequitur *idem Angelus loc. quo supra*.

3 Sententia asserens non confirmari tutorem in ordine ad exhæredatum.

Sed non libenter annuerem eidem Angelo, supposito, quod Pater filio exhæredato possit tutorem constituere potissimum, si simul, & semel constituerit filio instituto. Rationem huius reprobationis sententiæ Angeli ex eo deduco, quia, cum tutor ille datus sit indiuisim pro vtroque filio, tàm scilicet exhæredato, quam instituto per suitatem filij instituti immediatè confirmatur talis tutor etiã sine aditione per ea, quæ præmissa fuerunt, ergo etiam intelligitur confirmatus in ordine ad eum, qui non est institutus, seu est exhæredatus ex suppositione, quod per Patrem exhæredantem possit eidem tutor in testamento constitui, quandoquidem, cum indiuisim pro vtroque detur, non potest quoad vnum subsistere sine aditione, & non quoad alium existente potestate in dante dandi vtrique; nec talis datio quoad exhæredatum infirmatur ex eo, quod ipse fuerit bonis priuatus, adeout, sicuti in ordine ad emancipatum per ea, quæ in præcedentibus fuerunt commendata, tutor datus a Patre indiget confirmatione, ita in ordine ad exhæredatum indigeat confirmatione non obstante, quod in instituto talis confirmatio non requiratur, nec sit necessaria; Non, inquam, infirmatur, quia licet secundum te talis confirmatio quoad exhæredatum requiratur, quando eidem simplicitèr esset datus tutor, & non alteri instituto, vel fortè ipsi exhæredato esset datus distinctus tutor ab eo, qui datus est instituto; non tamen videtur necessaria, quando vnus, & idem tutor constitutus est pro vtroque indiuisim, quia tunc per suitatem instituti tutela firmaretur quoad alium etiam, cum ratio eiusdem instituti vtpotè maior trahat ad se ius alterius vtpotè minus; nec repugnat ratio, quod exhæredatus sit priuatus bonis, quia tutela consideratur potissimum in ordine ad personam, quæ est sub potestate Patris dantis.

4 Probabilius ratio ne suitatis confirmatur in ordine ad exhæredatum.

Quamobrem ad ea, quæ dicit *idem Angelus de Periglis d. q. 9. num. 27.*, quod scilicet suitas confirmet tutorem etiam sine aditione tunc solum secundum opinionem communem, quando eadem suitas residet in eo, cui datus est tutor, adeout, si filio impuberi exhæredato datus

5 Soluuntur rationes oppositæ.

tus sit tutor, & alius filius sit institutus, sola existentia suitatis dicti filij instituti non confirmetur talis tutoris datio; Dicendum est, hæc verificari dumtaxat, quando vel soli filio exhæredato datus esset tutor, vel si vtrique datus esset, vni tamen vnus, & alteri alter; non autem, quando vnus, & idem indiuisim esset datus vtrique, quia tunc tutor ratione suitatis confirmatus quoad vnum, intelligeretur etiam quoad alterum confirmatus.

---

§. XLVII.

An tutor testamentarius datus à Patre posthumo teneatur actione tutelæ, si posthumus fuerit extractus ab vtero Matris tempore illegitimo, & incongruo.

SVMMARIVM.

Sensus difficultatis explicatus. 1.

Sententia asserens sic extractum tempore intempestiuo non haberi pro nato. 2.

Tutor sic datus tenetur actione tutela, si fætus viuus extractus fuit, & ipso viuente administrarit. 3.

Fætus viuus sic extractus rumpit testamentum, & habetur tanquam legitimus hæres. 4.

1 Difficultas in suis terminis explanata. DIsquisitio XLVII. Dictum fuit in præcedentibus, quod tutor datus à Patre posthumo in testamento, si posthumus non nascatur, non teneatur, si administrauerit pro tempore fætus in vtero Matris existentis, actione tutelæ, sed tantum negotiorum gestorum, si verò nascatur, teneatur actione tutelæ, etiam pro gestis, & administratis ante editum partum, quia, cum natus est, perindè est quoad hunc effectum, ac si natus fuisset ab initio per ea, quæ etiam commendat *Barbobus de filijsfamilias part. 2. q. 1. num. 44.* Modo supponimus, quod fætus in vtero existens non natus fuerit tempore congruo, & legitimo, sed extractus fuerit per cæsaream sectionem tempore non congruo ad natiuitatem ordinariam, & quærimus, an tutor datus à Patre in testamento sic prole extracta teneatur actione tutelæ, an verò negotiorum gestorum tantum, etiam si proles paulò post acquisitam vsuram lucis occubuerit?

Hanc controuersiam in alijs consimilibus terminis successionis latè examinat idem *Barbobus de filijsfam. part. 2. q. 1.*, vbi fusè recensitis rationibus tam pro ipso sic extracto, & eius hæredibus ab intestato, quàm pro alijs concurrentibus ad talem successionem videtur inclinare pro parte asserente, quod posthumus extractus ab vtero matris tempore intempestiuo non habeatur pro nato, nec quoad effectum excludendi successorem in hæreditate, & obligandi tutorem actione tutelæ, præcipuè ex eo capite, quod paria sint quem non nasci viuum, & nasci viuum eo tempore, quo certum est viuere non posse (*Castrensis in l. vxoris abortu num. 3. C. de posth. lib. instit. & ibi Alexander nu. 3. vers. & iuxta hanc legem, Socin. Sen. cons. 35. visa ac diligenter considerata vol. 2. & in l. cum Auus num. 110. & seqq. ff. de condit. & demonst., Iason in l. quod dicitur num. 13. ff. de lib. & posth.* Sed his minimè obstantibus. 2 Sententia asserens sic extractum tẽpore intempestiuo non haberi pro nato.

Respondeo, tutorem sic datum, si posthumus fuerit ex secto matris vtero viuus extractus, teneri actione tutelæ, dummodo per aliquod temporis fætus sic editus vixerit, & tutor administrauerit eo viuente. Cohæret eum his, quæ diximus *vol. 9. sub tit. Contractus XV. de matrim. 8. Disq. 2. §. 9. num. 3. vbi diximus*, quod, quantum pertinet ad effectum iuris ad successiones, hæreditates, & legata veniant etiam cæsones, seu extracti ex cæso Matris vtero; hocque expresse sentiunt in terminis successionis *Gulielmus Benedictus ad c. Rannatius verb. & soboles, quam gestat in vtero num. 64. de testam., Gutierez lib. 2. pract. qq. q. 101., Tiraquel ad l. si vnquam verb. susceperit liberos num. 141. C. de renoc. donat. hancque communissimam, & verissimam appellant Rainaudus de ortu infant. c. 14. num. 3., Ioannes Angelus Bossius tract. de effect. matrim. c. 9. nu. 333. vbi alios plures allegat.* Ratio ex eo deducitur primo, quia eo ipso, quo fætus ex vtero matris viuus prodijt, siue modo naturali, siue per extractionem cæsareã, tutor à Patre in testamento datus posthumo firmatur in ratione propria tutoris, & sic, sicuti quoad hunc effectum natus, & extractus habetur perinde, ac si natus fuisset ab initio per ea, quæ docet *Barbobus part. 2. de filijsfamil. q. 1. n. 44.*, ita tutor per natiuitatem, seu extractionem eiusdem fætus viui habetur, ac si tutor ab initio fuisset; Neque obstat, quod filius ex secto vtero Matris extractus non possit dici natus per textum *in l. anniculus admittitur §. vlt. ff. de verb. signif. Glosa in l. etiam, & mulier ff. eodem*; Non obstat, inquam, quia secundum rigorem locutionis, licet non possit dici, quod natus sit, & mater filium pepererit, 3 Tutor sic datus tenetur actione tutelæ, si fętus viuus extractus est, & ipso viuente administrauit. Rationes contrarię dissoluuntur.

se-

secundum tamen substantiam, & realitatis effectum, vt loquitur *Baldus in l. vlt. col. penult. C. de suis, & legit.* habetur pro verè nato, cum sit ex substautia eiusdem Matris formatus, & per consequens eiusdem filius, & ex eodem Patre, quod est, quod consideratur in iuribus ad firmandum tutorem, nec testator præsumendus est, quod respexerit ad modum natiuitatis, sed quomodocunque nasceretur voluerit illi consulere de rectore, & tutore, vnde habito effectu non est curandú de modo *l. mater C. de instit. & substit.*

Secundò ratio ex eo deducitur, quia sic extractus ex cæso Matris vtero rumpit testamentum conditum non minus,

4 *Fœtus sic extractus rumpit testamentum, & habetur tanquam legitimus hæres.*

ac si esset naturaliter editus per textum *in l. quod dicitur ff. de lib. & posth. l. posthumus ff. de inoffic. testam., Tiraquel ad l. si vnquam verb. susceperit liberos num. 141. C. de reuoc. donat.*, quinimmò sic eductus ab vtero Matris per cæsionem cæsaream admittitur tanquam legitimus hæres, & Patris, & Matris per textum *in l. 1. ff. ad Senas. Consult. Tertul.*, vt per eundem textum ex communi DD. consensu testatur *Raimundus de ortu infant. c. 14. num. 3.*, ergo etiam habet firmare tutelam a Patre in testamento posthumo datam.

Rationes contrariæ dissoluuntur.

Dices, quod, quamuis mox dicta verificari possint in ordine ad successionem, non tamen possint verificari in ordine ad tutelam attenta diuersa conditione successionis, & tutelæ, nam ad successionem nil aliud requiritur, quam quod oriatur fœtus, nam cum eius natiuitate ratione iuitatis oriuntur omnia iura a Patre descendentia, ad tutelam verò, seu ad actionem tutelæ, cum hæc oriatur ex administratione, non potest oriri, nisi posita fuerit administratio pro tempore habili ad tutelam, & sic, si proles, postquam per sectionem cæsaream est edita, occumberet, cum non esset administratio pro tempore habili, non oriretur actio tutelæ. Sed contra; fateor, quod, si immediatè, postquam proles edita est, moriatur, adeout tutor posthumo datus a Patre nihil administrauerit a tempore editæ prolis, & eius mortis, cum statim mortua fuerit, probabilius non teneatur actione tutelæ, sed tantum negotiorum gestorum ratione administrationis præcedentis; sed hoc non obstat nostræ responsioni, quæ procedit solummodo in suppositione, quod proles supraiixerit ad aliquod tempus, pro quo tutor potuerit administrare, quia tunc ratione subsequentis administrationis constituitur vna actio per coniunctionem subsequentis administrationis cum præcedenti iuxta supra allegata.

DISQVISITIONES II.

A decima ad vigesimam prænotionem exclusiuè.

§. I.

An, si Pater in testamento dederit filijs suis impuberibus Matrem tutricem, quandiu vixerit, Mater desinat esse tutrix, si transeat ad secunda vota.

SVMMARIVM.

Exponitur series disquisitionis. 1.

Non obstante illa clausula posita in testamento per transitum ad secunda vota desinit esse tutrix. 2.

Si testator nouisset vxorem secundo nupturam, probabilius tutelam illi non demandasset. 3.

Iura parum fidunt matribus binnubentibus. 4.

Vtilitas pupillorum non est, vt vxores, seu Matres binnubentes sint illorum tutrices. 5.

Voluntas testatoris in illa dispositione metienda est secundum dispositionem iuris communis, 6.

Dissoluitur argumentum desumptum à paritate vitrici. 7.

Iura prohibent matribus binnubentibus tutelam filiorum suorum. 8.

Disquisitio I. Constitutus Caius in maximo vitæ periculo condidit suum vltimum testamentum, in quo vocauit sibi in hæredes filios suos impuberes, atque eisdem Matrem constituit tutricem, quandiu vixerit. Elapso anno ab obitu eiusdem Caij ipsius vxor vidua, Mater filiorum impuberum transiuit ad secunda vota, & retinere contendebat tutelam eo freta fundamento, quod maritus ipsam scripserit tutricem, quandiu vixerit, sine aliqua exceptione, ponderando illam particulam, *quandiu vixerit*, quæ importat aliquam vim supra simplicem dationem, adeoque ius retinendi tutelam etiam per transitum ad secunda vota, cæteroqui frustraneè fuisset apposita illa particula. Quæsitum hic fuit, an iura eiusdem Matris ad retentionem sint efficacia, & consequi debeant effectum, ad quem allegantur?

1 Factum in suis terminis expositum.

Respondeo, probabilius esse Matrem eorundem filiorum impuberum per

tran-

tranſitum ad ſecunda vota amittere tutelam non obſtante illa clauſula poſita

2 Non obſtante illa clauſula tranſiens ad ſecunda vota deſinit eſſe tutrix.

in teſtamento, *Quandiu vixerit*, *Guido Pap. deciſ.539 num.1., Marc. in compil. tot. iur. tom.5. in tit. tutela c.9., Antonius Donatus de Marin. reſol. quotid. lib.1. c.264. ſub n.7., Guido Pap. ſing. 682. incip. Mater data fuit tutrix, Pedrazza in theat. viduil. diſq. 39. num.24.* Pluribus rationibus ad hoc moueor, & primo ex præſumpta voluntate teſtatoris, id enim ex regula pro expreſſo habendum eſt, quod teſtantes veriſimiliter diſpoſuiſſent *arg. textus in l. fundus detracto vſufructu ff. ſi vſusfruct. petat.*;

3 Si teſtator nouiſſet vxorem ſecundo nupturā tutelam non demādaſſet.

veriſimile autem non eſt, quod, ſi teſtator nouiſſet, ſeu cogitaſſet vxorem ad ſecunda vota fuiſſe tranſituram, eidem tutelam decreuiſſet, ergo &c.; ſecundo ex naturali iuris interpretatione, ſecundum quam tutelæ munus non eſt deferendum illis, de quibus lex non confidit per textum *in §. oſtendimus ac tot. tit. Inſtit. de ſuſpect. tut.*, ſed lex nullatenus confidit in matribus binnubentibus per textum *in auth. vt ſine prohibitione verſ. præterea igitur col.7.* Ibi *mox tamen ut ſecundas contraxerit nuptias, repente expelli*

4 Leges parum fidunt matribus binnubentibus.

à tutela, item per textum *in auth. Sacramentum C. quand. mul. tut. off. fung. pot.* & *in l. lex quæ tutores 22. §. lex enim C. de adminiſt. tut.*; hocque expreſſe ſtatuunt *Merlinus de legit. lib.4. tit.2. q.2. num.9. & q.4. num.1., Rota Romana coram Merlino deciſ. 435. num.9. part.5. tom.2. in nouiſ., Ioannes Angelus Boſſius de matrim. c.11. §.23. num. 268. & num.314., Fontanella de pact. nupt. clauſ.5. gloſ.8. part.11. num.8. tom.2.*; tertio ex veriſimili ratione fundata in eo, quod magis vtilitas pupillorum attendenda ſit, quam voluntas teſtantium

5 Vtilitas pupillorum exigit ne matres binnubentes ſint illorum tutrices.

Trophonius in l. in confirmando 8. & in l. vtilitatem 10. ff. de confirm. tut., Guido Pap. d. deciſ.539. ſub num.2. verſ. nec Iudex hoc caſu, Angelus conſ.144. num.2. verſ. ſi tamen tutor ſuſpectus videatur, Vrſillus ad deciſ. Afflicti 281. num.3. verſ. quod bonus Iudex, magis autem attenderetur voluntas teſtantium, quam vtilitas pupillorum, ſi Mater tranſiens ad ſecunda vota poſſet tutelam retinere.

Iam ſoluenda remanent, quæ ex aduerſo poſſunt opponi. Opponitur primo,

6 Voluntas teſtatoris in illa diſpoſitione metienda eſt ſecundum diſpoſitionē iuris.

quod, ſi teſtator voluiſſet matrem in caſu tranſitus ad ſecunda vota retinere tutelam, vtique expreſſiſſet *arg. textus in l. ſi repetendi 7. C. de condict. ob cauſ. & l. quidam cum filium 46. ff. de hæred. inſtit., Menochius de præſumpt. lib.1. præſumpt. 26. num. 5.*; quinimmò, cum addiderit illam particulam, *quandiù vixerit*, videtur implicitè innuiſſe, quod voluerit matrem, etiam ſecundo nubentem in exercitio tutelæ manutenendam. Sed facilè corruet hæc oppoſitio, ſi aduertatur, quod in ijs, quæ teſtator non expreſſit, interpretanda eſt eius voluntas ſecundum diſpoſitionem iuris, per textum *in l. nemo 55., & ibi DD. ff. de legat.1., Vueſemb. conſ. 94. nu. 27., & ſeqq.*, hocque clarius habetur *in l. hæredes mei 57. §. cum ita ff. ad Senat. Conſult. Trebel.*, vbi, quod teſtator illud voluiſſe præſumitur, quod ius commune vult; ſecundum diſpoſitionem autem iuris cōmunis mater tranſiens ad ſecunda vota priuatur tutela per ſuperius allegata iura; Nec aliquam vim facit illa clauſula *quandiu vixerit*, quandoquidem illa protrahit tempus ad tutelam adminiſtrandam, non tollit impedimenta iuris.

Opponitur ſecundo, quod illa ratio diffidentiæ legum conſiderata in ſecunda ratione adducta in confirmationem 7

7 Diſſoluitur argumentum deſumptum à paritate vitrici.

noſtræ reſponſionis, non videatur vim aliquam habere, quandoquidem iuxta textum *in l. ſi Pater tuus 3. C. de contrar. iud. tut.*, vitricus poteſt dari tutor in teſtamento priuignis, ergo etiam mater binuba poterit eſſe teſtamentaria tutrix filiorum ſuorum ex primo matrimonio, nam, ſi iura non diffidunt de vitrico, qui computatur quaſi extraneus reſpectu priuignorum, minus videntur rationabiliter diffidere de matre in ordine ad ſuos filios, erga quos magnus amor in ipſa præſumitur propter ſummam coniunctionem in ſanguine. Sed facilè elidi poteſt hæc oppoſitio, quia, quidquid ſit de vitrico reſpectu priuigni, de quo vix poteſt intelligi, quomodo poſſit eſſe tutor ex teſtamento patris, cum præſumendū non ſit, quod pater voluerit vocare vitricum futurum vxoris ſuæ maritum ad tutelam filiorum ſuorum, nam pro illo tempore cogitare non potuit quis ſit futurus maritus vxoris ſuæ; vndè textus *in d. l.3. C. de contra. iud. tut.* ſolum ſupponit, quod vitricus adminiſtrarit tutelam priuigni ſui, non autem exprimit quomodo, & a quo fuerit conſtitutus tutor, vnde potuit eſſe ex ſpeciali Principis diſpenſatione iuxta ea, quæ in præcedentibus docuimus. Quidquid, inquam, ſit 8

8 Iura prohibent matribus binubentibus tutelam filiorum ſuorum.

de vitrico, certè iura conſtituunt, quod matres conuolantes ad ſecunda vota amittant ſimpliciter tutelam filiorum ſuorum, per textum *in auth. matri, & Auia, & auth. ſacramentum C. quando mul. tut. offic. fung. pot.*; teſtatores autem non poſſunt infringere per ſua documenta vim legum, prout tradit *Pomponius Iuriſconſultus in l. nemo poteſt 58. ff. de legit. 1., Purpuratus conſ.500. nu. 39. vol.2., Rota Romana coram Merlino deciſ. 30. num. 17. part.7. in nouiſſ.*, quod etiam habetur in

l. te-

l. testandi causa 13., & ibi Alexander nu. 1. C. de testam., & quemadm. testam. ordin.

---

§. II.

An, si maritus constituerit testamento vxorem filiorum suorum tutricem, eidemque vxori facultatem fecerit secundo nubendi, per secundas nuptias vxor amittat tutelam.

SVMMARIVM.

Expositio tituli in terminis particularibus. 1.
Duplex sensus eiusdem tituli. 2.
Refertur sententia Pedrazzæ. 3.
Per facultatem factam à marito vxori secundò nubendi non intelligitur concessa facultas retinendi tutelam, si ad secundas nuptias transierit. 4.
Illa facultas non supponitur relata ad ea, quæ possint esse noxia pupillis. 5.
Nec ad ea, quæ sunt iuri contraria. 6.
Solutio argumentorum contrariorum remissiuè. 7.
Etiam, si maritus facultatem fecerit vxori transeundi ad secundas nuptias, & simul retinendi tutelam, non potest eam retinere, si transeat ad secunda vota. 8.

1 Status disquisitionis expositus.

DIsquisitio II. Condito suo vltimo testamento, institutisque filijs suis impuberibus hæredibus Caius vocauit vxorem suam in eodem testamento tutricem eorundem filiorum impuberum, & postea eidem fecit facultatem transeundi ad secundas nuptias. Iuxta hanc facultatem sibi concessam eadem vxor trãsiuit ad secunda vota, & simul & semel retinere contendebat tutelam filiorum ex primo matrimonio, ad quam vocata fuit à primo marito. Orta hic fuit controuersia, an verè potuerit, seu possit ipsam retinere non obstantibus secundis nuptijs contractis?

2 Duplex sensus eiusdem tituli.

Iuxta duplicem sensum, quem habere potest præsens controuersia, potest sortiri diuersam resolutionem, vel etenim procedit, quatenus dubium sit, an per illam facultatem transeundi ad secunda vota data fuerit etiam facultas retinendi administrationem tutelæ sibi commissæ, nõ obstante tali transitu, vel quatenus supposito, quod data etiam sit facultas retinendi tutelam, non obstante tali transitu controuertatur, an talis facultas sufficiens sit, vt remoueri non possit ab administratione tutelæ.

3 Refertur sententia Pedrazzæ.

Proponit hanc controuersiam iuxta vtrumque sensum expositum *Pedrazza in suo theatr. viduil. disq. 39. n. 19., & 21.*, vbi relata prius sententia *Gozadini in cons. 18. nu. 3., & seqq.*, asserentis vxorem binubentem in suppositione facultatis sibi factæ à priori marito transeundi ad secunda vota, non amittere tutelam filiorum prioris matrimonij, statuit in vtroq; sensu vxorem binnubentem tali tutela priuari, quod supponit omni iuris fundamento fulciri, non tamen probat, sed remittit alibi probandum.

4 Per facultatem trãseundi ad ad secunda vota non intelligitur concessa facultas retinendi cum secundis votis tutelam filiorum.

Respondeo primo, per talem facultatem secundo nubendi præcisè factam à marito vxori, ex præsumpta voluntate mariti, non intelligi vxorem exemptam à priuatione tutelæ, si ad secunda vota transierit. In hanc consentit *Pedrazza loc. cit.*, vbi dicit seruandam, & tenendam hanc sententiam, cum tam ad veritatem, quàm ad æquitatem sit propensior. Rationem ex eo deduco, quia illa facultas secundo nubendi data à marito vxori nõ necessario coniungitur cum facultate retinendi simul cum secundis nuptijs tutelam filiorum prioris matrimonij, vndè illa facultas potest ad alia referri, puta ad legata, si quæ facta fuerint, consequenda, & retinenda, vel ad remittendam iniuriam, quæ pati posset anima mariti defuncti ex illo transitu, nec præsumendum est referri ad ea munera conseruanda, quæ ex dispositione iuris apprehenduntur, vt noxia, seu apprehendi possunt, vt talia, tàm personis, quàm rebus pupillorum, & sicuti ex alibi dictis præcipuè *tom. 7. sub tit. Contractus XV. de matrimon. 4. prænot. 11.* iura canonica correctoria pænarum ciuilium contra fæminas secundo nubentes non intelliguntur esse correctoria earundem pænarum, prout hæ inductæ sunt in fauorem filiorum, prout docent *Fontanella de pact. nupt. clau. 5. glos. 8. part. 11. nu. 6., Borellus in summa decis. tom. 3. tit. 2. n. 36., 49., & seqq., Augustinus Barbosa collect. ad c. fin. de secundis nupt. n. 3., Molina tom. 2. de iust. tract. 2. disp. 431., Gaspar Antonius Thesaurus qq. for. lib. 1. q. 28. n. 16., Ioannes Angelus Bossius de matrimon. contract. c. 11. n. 313., Sanchez de matrim. lib. 7. disp. 88. nu. 39.*, ita testator dans facultatem vxori transeundi ad secunda vota, & quodammodo per legem priuatam corrigens pænas contra vxorem secundo nubentem intelligendus est dare talem facultatem in ordine ad vitandas pænas, quæ directè sunt contra eadem vxorem, non autem eas, quæ inductæ sunt in fauorem filiorum, & ratio fundamentalis est, quia nõ est præsumendus pater per illam facultatem

5 Illa facultas non præsumitur relata ad ea, quæ possunt esse pupillis noxia.

tatem voluisse contra dispositionem iuris exponere personas filiorum, & eorum bona non leui periculo grauis læsionis.

6 Nec ad ea, quæ sunt iuri contraria.

Confirmatur, quia maritus faciens facultatem vxori trāseundi post eius mortem ad secūdas nuptias intelligitur quidem remittere ea, quæ a propria potestate dependent, non ea, quæ pendent ex stricta iuris dispositione, quinimmo presumendus est tali dispositioni se conformare voluisse; ex dispositione autem iuris vxor binnubens amittit tutelam filiorum suorum ex primo matrimonio per superius allegata iura.

7 Solutio argumentorum contrariorum remissiuè.

Argumenta, quæ militare possunt ex aduerso soluta remanent ex dictis *sub hoc eod. tit. de tut., & curat. primo prænot. 12. à n.2. vsque ad* 11., quæ propterea ibidem sunt recolenda.

8 Etiam si maritus facultatē fecerit transeundi ad secunda vota, & retinendi tutelam, non potest eam retinere, si transeat ad secunda vota.

Respondeo secundo, etiam per expressam facultatem factam à marito vxori transeundi ad secunda vota, & etiam retinendi tutelam filiorum ex primo nō intelligitur vxor exempta à tali priuatione tutelæ, si ad secunda vota conuolarit *Antonius Gomez in l. 14. Tauri nu. 11. vers. adde, Ioannes Gutierez de tut. part. 1. cap. 8. nu. 88., Ruinus cons. 87. n. 10. vol. 5., Pedrazza in suo theatr. vid. disq. 39. n. 19., & 21.* Ratio ex eo deducitur, quia in hoc non commensuratur volnntas testatoris cum potestate, quandoquidem non potest ea tollere, quæ sunt ex iuris dispositione. In his non immoror quandoquidem de illis latè egi *sub hoc eod. tit. de Tut., & Curat. 1. prænot. 12. à nu. 11. vsq; ad* 14. ad quæ benignum Lectorem remitto.

---

§. III.

An, si maritus matri reliquerit in testamento liberationem ab administratione tutelæ, eadem mater priuetur successione, si intra tempus tutorem filijs non petierit.

SVMMARIVM.

Status controuersiæ cum ratione dubitandi. 1.
Non liberatur à pæna priuationis, si tutorem intra tempus iuris non petierit. 2.
Non est præsumendum, quod voluerit cedere iuri, & fauori filiorum. 3.
Nec potest Pater in testamento disponere contra leges. 4.
Soluitur obiectum contrarium. 5.

Disquisitio III. Iuxta præacta Mater tenetur, si nolit, non existente tutore testamentario tutelam suscipere, filijs intra annum tutorem petere, quem, si non petierit, priuatur successione eorundem filiorum. Modó supponimus, quod maritus in suo testamento Matrem liberarit ab administratione, & quærimus, an stante tali liberatione, si intra annum tutorem non petierit, intelligatur priuata successione filiorum.

1 Exponitur sensus tituli.

Et ratio dubitandi circa eundem titulum.

Ratio dubitandi ex eo desumitur, quod cum maritus vxorem liberauerit ab administratione, videtur etiam liberasse a quocunque onere circa eandem administratione, adeoque etiam a petitione tutoris, cum talis petitio sit in ordine ad administrationē; liberata autem à tali onere intelligitur etiam exempta à pæna, quæ iniungitur ob onus non adimpletum. His tamen minimè obstantibus.

2 Non liberatur à pæna priuationis, si tutorē intra tempus iuris non petierit.

Respondeo, non liberari à tali pæna priuationis, si tutorem intra annum à iure præfinitum filijs non petierit. *Silua Nuptialis lib. 2. num. 53. in decima ampliat relata in vol. 6. tract. diuers. auctor. in antiquis, Ioannes Gutierez de tut. & curat. c. 16. num. 69. pars. 1.* Rationem deduco, tum ex præsumpta voluntate Patris testantis, tum ex dispositione iuris; Ex primo capite, quia denegari non potest, quin onus in Matre petendi filijs tutorem intra tempus iuris concernat fauorem, & vtilitatem eorundem filiorum, non est autem præsumendum, quod Pater liberans Matrem ab administratione voluerit cedere iuri, & fauori filiorum, eisdemque præiudicium inferre; Neque obesse potest, si asseratur illam liberationem, ne inaniter posita intelligatur, debere aliquem effectum producere, qui alius esse non potest, nisi exemptio ab onere petendi tutorem, seu administratorem bonorum pupillorum; non enim potest intelligi illa liberatio relata ad onus suscipiendi tutelam, quandoquidem nullo iure compellitur, illam assumere, cum respectu eiusdem tutela non sit coacta, sed omnino voluntaria, ergo intelligi debet relata ad onus petendi tutorem, ad quod compellitur cæteroqui sub pæna amissionis iuris ad succedendum; Non, inquam, obesse potest, quia illa liberatio potest intelligi relata vel ad onus reddendæ rationis administrationis, si fortè tutelam susceperit, vel ab onere administrationis intra tempus ab obitu mariti ad tempus præfinitum a iure ad petendum. Ex secundo capite dispositionis iuris euincitur, quia Pater non potest disponere, quod leges locum non habeant in suo testamento, cum in ipsius potestate non sit iura infringere;

3 Non est præsumendū, quod Pater voluerit cedere fauori filiorum.

iura autem absolutè disponunt simpliciter, quod mater teneatur intra tempora præfinita tutorem filijs petere, nec relinquunt in eius libertate petere, sicuti relinquunt in eius arbitrio tutelam assumere, vel non assumere per textum in l. 2. §. *si mater ff. ad Trebel. & in §. sed quemadmodum Instit. eod. tit. & l. matris, & l. cum à matribus C. qui pet. tut. & l. 2. ff. eod. tit. vbi Bartolus latè agit de hac materia, Parisius cons. 41. vol. 2., Marantus in repetit. l. is potest num. 219. cum pluribus seqq. ff. de acquir. hæreditate, Antonius Gabriel lib. 6. de commun. opin. concl. 1. de tutel.*

4 Nec potest Pater disponere contra leges.

Neque vim aliquam faciunt ea, quæ ex aduerso in ratione dubitandi afferebantur, quandoquidem, vt in præcedentibus innuebamus liberatio ab administratione non importat ex genere suo liberationem ab onere petendi intra tempora debita tutorem, cum illa sint omnino inter se diuersa, cum liberatio ab administratione concernat præcise fauorem vxoris liberatæ, liberatio verò ab onere petendi tutorem concernat præiudicium filiorum, quod non præsumendus est maritus voluisse.

5 Soluitur obiectum contrarium.

§. IV.

An Clericus proximior in gradu pupillis amittat ius ad successionem eorundem, si tutorem eisdem intra tempus iuris non petierit.

SVMMARIVM.

Exponitur series tituli cum ratione dubitandi circa ipsum. 1.
Clericus proximior in gradu, si non petat intra tempus iuris, priuatur successione pupillorum. 2.
Clerici subduntur dispositionibus iuris ciuilis communis, vbi non aduersantur canonico iuri. 3.
Possunt iura statuere, vt res subditorum non acquirantur, nisi seruatis certis conditionibus. 4.
Soluuntur argumenta contraria. 5.

1 Expositio casus.

Disquisitio IV. Defuncto Patre, nulloque relicto filijs suis impuberibus tutore testamentario, nec existente Matre vtpotè quæ prædecessit ad Patrem, proximior in gradu eisdem filijs, & per consequens etiam ad successionem erat Clericus sacris initiatus. Hic intra tempora à iure præfinita nec tutelam assumpsit, nec tutorem eisdem filijs petijt. Orta hic fuit controuersia, an ob neglectum talis petitionis intelligatur ius amisisse ad successionem eorundem filiorum?

Ratio difficultatis ex eo desumitur, quod Clericus ex vi proprij status non videtur subijci dispositionibus maximè pænalibus iuris ciuilis, nec subditur iurisdictioni laicali quoad pœnas. Adde, quod, sicuti Clerici exempti sunt à tutelis, nec nisi volentes possint eas assumere, vt notat *Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. Clericus sub num. 8. vers. quod sint exempti*, qui etiam allegat *Pacificum Iordanum lucub. vol. 2. lib. 11. tit. 3. num. 113., Paulum Christinum ad leg. municip. tit. 19. art. 4. num. 6.*, ita ratione proprij status intelliguntur etiam exempti ab onere petendi tutorem, cum ratio eximens ab vno videatur, & ab altero eximere. His tamen minimè obstantibus.

Ratio dubitandi circa casum.

Respondeo, Clericum proximiorem in gradu, & ad successionem pupillis non petentem intra debita tempora tutorem eisdem pupillis amittere ius ad successionem. Consentiunt in hoc *Montanus de tut. & curat. c. 18. num. 20., Felinus in c. Ecclesia Sanctæ Mariæ vers. sequuntur aly de Constit., Antonius Gabriel commun. opin. lib. 6. concl. 1. de tutelis num. 18., Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 16. num. 73., Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. Clericus num. 8. vers. tenentur tamen Clerici, Baldus in c. ex parte vers. sed quod, si mater, & ibi Præpositus de appel., Iacobus Phylippus Portius commun. regul. & concl. lib. 5. concl. 4. ampl. 6. & 7.*

2 Clericus proximior in gradu priuatur successione pupillorum, si ipsis intra tempus non petat tutorem.

Rationem ex eo deduco primo, quia (quidquid sit, an Clerici subdantur statutis municipalibus, & constitutionibus locorum) certum est, quod subduntur dispositionibus iuris ciuilis communis, vbi hoc non fuerit per leges canonicas correctum, prout habetur *in c. 1. de iuram. calum. & c. 1. de operis nou. nunciat. & c. vt inquisitioni de hæret. in sexto*, vt latè probat *Rota Romana in Bononiensi successionis de Zanis 9. Decembris 1654. coram Bicchio §. his & aly inter consultationes forenses Vrceoli c. 50. num. 45., Diana resol. mor. part. 1. tract. 2. resol. 8., Sperellus decis. 147. num. 5.* vbi firmat leges ciuiles, & Imperiales, nisi manifestum contineant peccatum, esse approbatas ab Ecclesia Romana, & ad instar canonum seruandas, & obligare in conscientia Clericos; ex dispositione autem iuris ciuilis communis proximiores in gradu tenentur intra tempus iuris petere pupillis tutores sub pœna amissionis successionis per superius allegata iura, ergo &c.

3 Clerici subduntur dispositionibus iuris ciuilis communis.

Secundo ex eo rationem deduco, quia iura ciuilia possunt leges statuere rebus

4 Possunt iura rebus subditorum legem ponere, vt non acquirantur, nisi seruatis conditionibus præscriptis.

subditorum, vt acquiri nequeant, nisi per adimplementum conditionum per eadem iura præscriptorum, quæ leges afficiant quoscunque, qui easdem res acquirere intendunt, cum efficiant res non acquisibiles, nisi medijs illis conditionibus, ergo etiam Clerici ad effectum, vt illas acquirant, tenentur conditiones illas præscriptas adimplere, sicque, vt acquirant ius perfectum ad hæreditatem pupillorum, quibus sunt proximiores in gradu, tenentur tutores eisdem pupillis petere, & non petendo, illo iure successionis non gaudebunt.

Ad rationes, quæ pro contraria sententia afferebantur iam patet ex dictis quid respondendum. Ad primum etenim dicendum est, quod stante approbatione iurium ciuilium communium facta a Romano Pontifice, quamuis non teneantur Clerici statutis, & iuribus municipalibus locorum, prout firmat *Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. Clericus num. 44. vers. & ideo ligantur*, ligentur tamen dispositione iuris cõmunis, vbi non fuerit iure cannnico correctum, vel reprobatum. Ad secundum dicendum est, quod ex eo, quod Clerici non obligentur ad assumendam tutelam, cum tale munus respectu ipsorum sit arbitrarium, & facultatiuum, non necessarium, & coactiuum *Bartolus in l. legitimos §. fin. ff. de legit. tut.*, *Baldus, & Angelus in l. ad agnatos C. eodem tit.*, non benè arguatur, quod non obligentur

5 Soluuntur argumenta cõtraria.

etiam ad petendum tutorem intra tempora præfinita; quandoquidem etiam Mater, & Auia non compelluntur assumere tutelam filiorum suorum impuberum, & respectiue nepotum, compelluntur tamen eisdem filijs, & nepotibus intra tempus iuris petere tutorem sub pæna priuationis iuris ad successionem ipsorum per superius laté commendata iura. Ratio autem, propter quam Clerici non teneantur assumere, teneantur tamen tutorem petere, ex eo desumitur, quod propter munera Ecclesiastica, quæ sunt affixa statui clericali, iura ex indulgentia clementer procedunt non compellendo, sed permittendo præcisè, cum munus tutelæ videatur quoquo modo muneribus talis status clericalis obsistere, non sic autem indulgendo procedunt quoad petitionem, cum hoc munus petendi non obsistat, neq; muneribus talis status, nec eidem statui.

§. V.

An Clericus proximior in gradu teneatur ad tutelam filiorum Clerici.

SVMMARIVM.

Sensus quæsiti expositus. 1.
Sententiæ circa hunc titulum proponuntur, & explicantur. 2.
Argumentum desumptum à paritate militum. 3.
Probabilius Clericus non compellitur ad assumendam tutelam filiorum alterius Clerici. 4.
Rationes pro hac opinione, & confutationes aduersantium. 5.
Non valet argumentum à militia temporali ad sacram. 6.
Soluitur aliud argumentum desumptum ex eo, quod priuilegiatus non vtatur priuilegio aduersus priuilegiatum. 7.
Potest tamen compelli in subsidium alio idoneo non existente. 8.

DIsquisitio V. Ex dictis in præcedenti paragrapho Clericus, quantumuis proximior in gradu, licet possit, si velit, assumere tutelam pupillorum, non tamen compellitur ad eam assumendam, prout ex *Bartolo*, *Baldo*, & *Angelo* ibidem firmauimus, & ex iuribus concordantibus. Modo quodamodo excipiendo inquirimus, an, si Clericus proximior in gradu comparetur ad filios sibi coniunctos ex Clerico, gaudeat etiam in ordine ad ipsos tali facultate, an verò compellatur ad ipsam assumendam? 1 Sensus disquisitionis expositus.

Proponit hanc difficultatem *Bertachinus in suo repertorio in verb. Clericus pag. mihi 348. vers. Clericus etiam in minoribus constitutus*, & pro parte obligante ad tale munus Clericum refert *Guilelmum in auth. presbyteros C. de Episcop. & Cleric.*, & *Nicolaum de Neap. in l. administrantes §. qui corporis in lectura Bartoli ff. de excus. tut.* pro parte verò non obligante allegat *eundem Bartolum in l. sed milites in princip. & in vers. item textus facit ff. de excusat. tut. & Glosam in §. item, & in milite in verbo volens Instit. de excus. tut.*, *Abbatem in c. ex parte de constit.*, sed quid ipse circa hoc sentiat, non exprimit; Quia tamen vltimo loco allegat textum *in c. t. de obligat. ad ratiocin.* vbi dicitur, quod non sint admittendi ad ordines sacros procuratores, executores, & tutores pupillorum, nisi talia munera deponant, videtur ex hoc capite in ea esse sententia, quod Cle- 2 Sententiæ circa hunc titulum proponuntur, & explicantur.

ricus non possit obligari ad tutelam filij ex alio Clerico; Sed *Glosa ibidem* procedit sub distinctione, vel enim agitur de obligatione erga personas sæculares sumenda, & iuxta hunc sensum asserit, non posse oriri talem obligationem; vel de obligatione erga personas miserabiles, vel Ecclesiasticas, & hoc modo arbitratur posse obligari.

Textum in iure quoad hoc expresse non inuenio; arguendo tamen à militia

3 Argumentum desumptum à paritate militum.

sæculari ad sacram, quæ habetur in ordine Ecclesiastico, videtur concludendũ, quod vtique Clericus possit obligari ad tutelam filiorum alterius Clerici, sicut enim milites, qui vel actu militant, vel compleuerunt tempus militiæ, quamuis excusentur à tutela aliorum priuatorum, non tamen possunt excusari à tutela filiorum alterius militis, qui etiam munus militiæ compleuerit per ea, quæ in præcedentibus *sub hoc eodem tit. prænot. 20. num 96.* dicebamus per textum *in l. 2. ff. de excus. tut.* addita etiam ratione ab eodem textu desumpta, quia *coæqualitas honoris militiæ fortior videtur omni militum priuilegio*, ita etiam Clerici, quantumuis ratione status videantur excusari a munere tutelæ erga filios sæcularium, non videntur posse excusari ab eodem munere erga filios alterius Clerici militare eadem ratione, quod coæqualitas honoris status clericalis fortior videatur omni clericorum priuilegio. His tamen non obstantibus.

4 Probabilius non compellitur Clericus ad assumendam tutelam alterius Clerici.

Respondeo, probabilius esse Clericum non posse compelli ad assumendam tutelam filiorum alterius Clerici, nisi quodamodo in subsidium alio idoneo non existente. Pro hac sententia à Bertachino allegantur *Bartolus, Glosa, & Abbas locis cit.*, sed non video ipsos expresse hoc docere; Quamobrem ad rationem confugio; nam vel loquimur de Clerico comparatiue ad militem durante tempore militiæ, vel de eodem comparatiuè ad ipsum post completum tempus militiæ; si iuxta primum sensum; non valet argumentum ab vno ad alterum; tum quia durante militia nullo modo miles potest esse tutor, & tutela eidem pro

5 Rationes pro hac responsione, & confutationes aduersantium.

tali tempore collata ipso iure est nulla per textum *in §. item, & in milite Instit. de excus. tut., & ibi communiter scribentes* Clericus autem, quamuis inuitus non possit esse tutor, potest tamen esse ex electione *Glosa in d. §. item, & in milite in verb. non volens, Nicolaus de Neapol. in l. sed milites in fin. principij in lectura Bartoli ff. de excus. tut.*; tum quia nemo asserit, quod miles durante militia possit compelli ad tutelam filiorum alterius commilitonis repugnante munere actualis militiæ, & militaribus laboribus eum muneribus ciuilibus tutelæ, ex quo, si valeret argumentum a militia temporali ad sacram, posset inferri, quod durante clericatu non posset Clericus compelli ad tutelam filiorum alterius Clerici, quod expresse firmaret nostram opinionem. Si iuxta secundum sensum comparetur ad

6 Non valet argumentum à militia sacra ad temporalem, & quare.

militiam post adimpletum tempus militiæ; non video etiam, quomodo possit subsistere argumentum a paritate rationis; quandoquidem post tale tempus cessant onera, & labores militares; vnde in ordine ad filios alterius commilitonis videtur vrgere illa coæqualitas honoris considerata à textu *in d. l. 2. ff. de excusat. tut.*, nec aliquid aliud est, quod excuset à tali munere in ordine ad coæqualem; in Clerico autem nunquam cessat onus munerum clericalium, quæ videntur quoquo modo incompatibilia cum muneribus ciuilibus tutelæ; vnde licet coæqualitas status videatur ad tale onus compellere, munera tamen, a quibus non eximitur, videntur ab eodem onere eximere; vnde, cum tam in clerico, quam in milite omnia non sint paria, non videtur respectu vtriusque æqua dispositio.

Hinc facilè erit soluere argumentum, cui innititur contraria sententia, nempe quod priuilegiatus non possit vti priuilegio contra æquè priuilegiatum, adeoque, quod sicuti miles veteranus non eximitur a priuilegio non assumendi tutelam filiorum alterius conueterani vtpote gaudentis simili priuilegio, ita neque Clericus eximatur in ordine ad filios alterius Clerici priuilegio non assumendi eorum tutelam arg. eorum, quæ habentur *in l. quas actiones C. de Sacros. Eccl.* Facilè, inquam, erit soluere, si dicatur hæc subsistere, quando cætera sint paria perseuerante scilicet eodem onere in vtroque, non autem, quando non sunt paria perseuerante scilicet onere in vno, & non in altero.

7 Soluitur aliud argumentum desumptum à priuilegio.

Dixi, *nisi quodammodo in subsidium alio idoneo non existente*; quandoquidem alio idoneo non existente videtur ingredi cõsideratio, quod pupilli habeantur pro derelictis, & orphanis erga quos videntur Ecclesiastici ex proprio munere obligari per textum *in c. peruenit dist. 86., & c. 1., & 2. dist. 87., & l. Orphanotropos C. de Episcop., & Cler., & c. Ciprianus 21. q. 3.*

8 Potest tamen compelli in subsidium alio idoneo non existente.

§. VI.

§. VI.

An mater teneatur petere confirmationem tutoris dati à Patre in testamento minus perfecto sub pæna priuationis successionis.

SVMMARIVM.

Proponitur status controuersiæ. 1.
Vndè desumatur ratio præsentis dubitationis. 2.
Rationes suadentes, matrem non petentem confirmationem non priuari iure successionis. 3.
Probabilius mater tenetur petere confirmationem, & si non petat, amittit ius ad successionem. 4.
Ex naturali pietate tenetur filijs consulere. 5.
Soluuntur argumenta contraria. 6.

1 Proponitur status controuersiæ.

DIsquisitio VI. Dictum fuit in præcedentibus, quod, si pater dederit filijs suis impuberibus tutorem in testamento minus perfecto, hic tutor sic datus antequam se ingerat in administratione tutelæ, indigeat confirmatione Iudicis. Dictum est viterius, quod mater teneatur, quando non adest tutor testamentarius, filijs tutorem petere, vel tutoribus datis non agentibus teneatur compellere ad agendum in munere tutelæ. Modo supponimus, quod à patre datus fuerit tutor in testamento minus perfecto, qui tamen non agit in munere tutelæ, eo quia non sit confirmatus, nec ipse agat ad confirmationem, & inquirimus, an mater sub pæna priuationis teneatur petere confirmationem tutoris sic dati?

2 Vnde desumatur ratio præsentis dubitationis.

Ex eo, quod dixerimus *sub hoc eodem tit. de tut., & curat. prænot. 13. num. 62.*, quod existente tutore testamentario mater eximatur à pæna priuationis quoad successionem, si intra annum tutorem non petierit, quod etiam firmarunt *Gratianus discept. for. c. 219. per totum, & Montanus de tut., & curat. c. 18. n. 23. in fine, & nu. 39.*

3 Rationes suadentes matrem non petentem confirmationem, non priuari iure successionis.

videtur dicendum, quod etiam in præsenti hypothesi, si mater non petierit confirmationem tutoris dati à patre in testamento minus perfecto, eximatur a tali pæna; si enim non debet esse sollicita ad petendum, quando tutor est datus à patre, ita nec videtur debere esse sollicita, vt tutor datus à patre in testamento ad effectum, vt administret, confirmetur à Iudice, vndè satis communitèr docent scribentes, quod dato tutore testamentario, si hic non administret, nó teneatur mater sub pæna priuationis ad successionem agere, vt administret, vt habetur *in l. 2. ff. qui petent tut., Bartolus in l. vlt. §. personis C. de administ. tut., Baldus in l. precibus n. 18. C. de impub., & al. substit., Socinus cons. 20. nu. 4. vol. 1., Marantus in repetit. l. is potest num. 222. ff. de acquir. hæred.*, qui ferè omnes concludunt, quod quando dicitur, quod mater teneatur esse sollicita, vt tutores dati rectè administrent, hoc intelligendum sit, quando tutor est datiuus. His tamen minimè obstantibus.

4 Probabilius mater tenetur petere confirmationé, & si non petat, priuatur iure successionis.

Respondeo, quod mater teneatur petere confirmationem tutoris à patre dati in testamento minus perfecto ad effectũ, vt administationem tutelæ suscipiat, & si non petat, amittat ius ad successionem, *Marantus in repet. l. is potest nu. 224. ff. de acq. hæred., Ioannes Gutierez de tut., & curat. c. 16. nu. 43.* Expressè hoc colligitur *ex l. credendum in princip. ff. qui pet. tut.* Ibi *Credendum est, & eam matrem constitutione contineri, quæ tutores à Patre legitimè testamento, vel codicillis datos filijs impuberibus non postulauit decreto confirmari.*

Rationes pro hac responsione.

Rursus ex ijs euincitur, quæ nos docuimus *sub hoc eod. tit. de tut., & curat. t. prænot. 13. nu. 15.*, nempè, quod teneatur mater non solum compellere tutores à se nominatos, & petitos ad se immiscendum administrationi tutelæ, sed etiam testamentarios, & legitimos, si adsint, prout firmarunt etiam *Angelus in §. sed quemadmodum n. 7. Instit. ad Tertul., Lucas de Penna in l. nullus C. de prox. sacro Strin. lib. 12. vers. 3. quæritur*, & congrua quidem ratione hoc decernitur, quaudoquidem non videtur consonum maternæ pietati, vt relinquat obnoxia periculis, & dispersionibus bona propriorum pupillorum, dum eorum bona non administrantur per tutores etiam testamento datos, & sciens negligat ea curare, quæ maximè spectant ad rectum regimen eorundem, ergo debet intelligi etiam compelli ad petendam confirmationem tutoris à Patre in testamento minus perfecto dati ad effectum, vt nullum habeat obstaculum ad administrandum; qui enim compellitur ad finem eodem iure compellitur ad ea omnia assequenda, quæ sunt necessaria ad eundem finem.

5 Ex naturali pietate, tenetur filijs consulere.

6 Soluitur argumenta contraria.

Iam dissoluenda remanent contraria argumenta. Ad primum, quo dicitur, quod existente tutore testamentario, eximatur mater à pæna priuationis, si non petat tutorem, dicendum est hoc rectè procedere, si quidem stante tutore testamen-

men-

mentario non est locus legitimo, nec datiuo; sed ibi dicta procedunt, quando tutor est datus perfectè simplicitèr, & omnibus seruatis à patre, nec hic definit administrare, tunc etenim mater nullum ius habet ad tutelam, nec ad petendum tutorem; ea autem, quæ hic dicuntur, procedunt dumtaxat, quando tutor est datus in testamento minus perfecto, & indiget confirmatione, nec hic agitur de alio tutore constituendo, sed de confirmando dato à Patre, cuius confirmationis onus spectare videtur ad matris pietatem, quæ, sicuti alleuiatur in eo, quod à iuribus ius habet successionis, in altero in fauorem filiorum aggrauatur, quatenus teneatur curare, ne filiorum bona negligantur, & disperdantur. Ad secundum, quo dicitur, quod sicuti mater non debet esse sollicita ad petendum tutorem, quando iam datus est a patre in testamento, ita nec debeat esse sollicita, vt tutor datus in testamento administret, idem fermè respondendum est, quod responsum fuit ad primum; sicuti enim spectat ad maternũ officium, quod, quando tutor non est datus a Patre in testamento, curet dari tutorem ad effectum rectæ administrationis, ita etiam ad idem officium spectat, quod, quando est datus, vel minus legitimè datus, curet, vt per ipsum tutela rectè administretur, vel habilitetur per confirmationem ad administrandum.

---

§. VII.

An, si Pater prohibuerit matri, ne petat tutorem filijs, eadem mater perdat hæreditatem, si nec tutelam assumat, nec petat tutorem.

SVMMARIVM.

Sensus disquisitionis expositus. 1.
In quid resoluatur illa prohibitio. 2.
Si mater non obstante tali prohibitione, nec tutelam assumpserit, nec tutorem intra tempus petierit, priuatur successione. 3.
Per illam prohibitionem non præsumitur, quod Pater matrem voluerit priuare pietate materna. 4.
Argumentum desumptum à matre expressè constituta in testamento perfecto tutrix. 5.
Quamuis ipsa non assumpserit, si tamen tutorem intra tempora iuris dari curauerit, non priuatur iure successionis. 6.
Soluitur argumentum pro contraria sententia, adductum. 7.

DIsquisitio VII. Constitutus in vltima vitæ periodo Titius pater nonnullorum filiorum impuberum nullum in testamento eisdem tutorem constituit, quin potius prohibuit matri, ne aliquem tutorem eisdem peteret, ea fortè mente ductus, vt mater ipsa tutelam eorundem filiorum administraret. Post obitum patris eadem mater, vel quia vlterioribus nuptijs inhiaret, vel alio ducta consilio tutelam non suscepit, nec stante tali prohibitione tutorem filijs petijt. Quæsitum hic fuit, an ratione talis non assumptionis, & non petitionis intelligatur priuata iure successionis.

1 Refertur status cõtrouersię.

Hæc prohibitio facta à Patre matri in testamento non petendi tutorem videtur implicitè correspondere constitutioni eiusdem matris in tutricem testamentariam filiorum impuberum; Quid enim aliud est dicere in testamento, *Nolo, vt tu, cui principalitèr incumbit onus petendi tutorem filijs, eundem tutorem petas, seu petere possis*, nisi dicere, *Volo, vt tu determinatè sis tutrix filiorum nostrorum communium*; per illam etenim prohibitionem nil aliud testator censendus est voluisse, nisi, quod tutela per matrem exerceretur, & non per alium, quod etiam considerasse videtur textus *in l. 2. §. si mater vers. quod, si pater eis ff. ad Senat. Consult. Tertul.* Ibi- *Quoniam per matrem rem eorum administrari voluit*.

2 In quid resoluatur illa prohibitio.

Respondeo. Si mater non obstante tali prohibitione facta à patre non petendi tutorem, nec tutelam assumpserit, nec intra pręfinita tempora tutorem filijs impuberibus petierit, priuatur iure ad eorum hæreditatem. Consentit *Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 16. nu. 61.* Expressè deducitur ex textu *in d. l. 2. §. si mater vers. quod si Pater eis ff. ad Senat. Consult. Tertul.* Ibi- *Quod, si Pater eis peti prohibuerit tutorem, quoniam per matrem rem eorum administrari voluit, incidit, si nec petat, nec legitimè tutelam administret*, & ibi solum excipiendo dicit, quod sit ignoscendum ei, si penitus egenis filijs non petat. Ratio huius responsionis, & iuris ex eo deducitur, quia pater per illam prohibitionem non intelligitur voluisse eximere matrem ab onere maternæ pietatis erga proprios filios, quia potius ipsam quoquo modo obstringere ad pietatem maternam erga illos exhibendam in personali administratione tutelæ eorundem, ergo eadem ex aliquo legitimo capite exempta ab onere per se ipsam administrandi, vel quia conuolare intendat ad alias nuptias, vel ex alio rationabili motiuo non intelligenda est exempta ab onere consulendi alia via eisdem pupillis

3 Si nec assumpserit tutelam, nec tutorem intra tempus petierit priuatur successione.

4 Per illam prohibitionem non censetur, quod pater voluerit matrẽ spoliare pietate materna.

pillis per petitionem scilicet idonei tutoris.

Ratio vlterius ex eo potest deduci, quia, si mater data à patre tutrix in testamento solemni, & vsquequaq; perfecto, quia fortè est conuolatura ad secundas nuptias, eandem tutelam non assumpserit, nec filijs alium tutorem intra tempora præfinita dari curauerit, priuatur hæreditate eorundem filiorum, per ea, quæ commendant *Bartolus cons. 215. punct. 2., Silua nuptialis prima part. n. 53. ampliat. 5., Antonius Gabriel commun. opin. lib. 6. concl. 1. de tutel. num. 27., Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1., c. 16. num. 74.*, ergo æquè erit priuanda huiusmodi hæreditate, si non obstante, quod pater eidem prohibuerit tutorem petere, nec tutelam assumpserit, nec alium tutorem dari curauerit, quandoquidem, vt in præcedentibus prænotaham, per illam prohibitionem pater aliud non intelligitur velle, nisi quod tutela per ipsam matrem administraretur, & ipsa esset tutrix testamentaria; Non enim præsumendum est, quod voluerit filios priuare congruis, & necessarijs subsidijs in hypothesi, qua mater nollet curam gerere filiorum suorum.

5 Argumētū à fortiori deductum, quando mater est expresè constituta tutrix testamentaria.

Sed hic oritur difficultas, an ex eo præcisè, quod, cum implicitè fuerit constituta tutrix testamentaria priuatiuè quoad alios omnes ratione talis prohibitionis, renuat tutelam subire, intelligatur amittere ius ad hæreditatem eorundem filiorum? Videtur prima fronte affirmandū, quandoquidem illa expresa prohibitio debet aliquem effectum distinctum producere supra id, quod importat conditio matris, adeoq; si mater non posita illa prohibitione, cum sit libera ad assumendum, vel non assumendum tutelam, sufficientèr satisfacit suo muneri petendo tutorem, posita postea illa prohibitione non satisfaciet oneri sibi iuncto petendo simpliciter tutorem, & non assumendo, & non adimplendo per se ipsam tutelam, cæteroqui illa expressa prohibitio ad nihil conferret. His tamen minimè obstantibus probabilius crederem, euitare huiusmodi pænam amissionis iuris ad hæreditatem, quantumuis non assumpserit, si tamen intra præfinita tempora tutorem dari curauerit. Hoc videtur exprèsè sentire *Ioannes Gutierez d. part. 1. c. 16. n. 61.*, dum dicit, quod in casu prohibitionis factæ à marito matri de petendo tutore, quod tale ius mater amittat, si nec assumat, nec petat, ergo, si alterum eorum prestet, puta petendo tutorem non amittet tale ius, quod idem videtur colligi *ex d. l. 2. §. si Mater vers. quod, si Pater ff. ad Senat. Consul. Tertul.* vbi vtrumque requiritur, & quod non assumat, nec petat tutorem, adeoque, si alterum præstiterit, non videtur subire illam pænam priuationis. Ratio horum omnium ex eo deducitur, quia licet regularitèr tutores inuiti dari possint ex præallegatis iuribus, hoc tamen fallit in matre, & auia, respectu quarum tutela quomodocunque conferatur, debet esse voluntaria, nec voluntas Patris prohibentis alium tutorem per matrem peti potest efficere, quod mater inuita teneatur tutelam assumere; nec potest dici, quod licet inuita simplicitèr non possit compelli ad assumendum, possit tamen compelli respectiuè, si velit ius habere ad hæreditatem pupillorum, si fortè cōtigerit eos in impubertate decedere. Nō, inquam, potest dici, quia, cum iura ad euitandam huiusmodi pænam statuant, quod sufficiat, quod mater, vel tutelam suscipiat, vel tutorem intra tempora præfinita petat, non potest tutor dispositionem ex propria voluntate coarctare ad solam assumptionem.

6 Quamuis ipsa non assumpserit, si tamen intra debitea tempora tutorem dari curauerit, non priuetur iure successionis.

Rationes pro hac resolutione.

Sed valdè videtur vrgere argumentum pro contraria sententia adductum, nempè, quod inanis simplicitèr foret illa prohibitio expresa facta à Patre Matri, ne scilicet tutorem petat, quod non videtur admittendum, quia dispositiones testamentariæ præcipuè debent semper intelligi cum aliquo effectu. Respondendum tamen est, illam prohibitionem stare consultiuè, & hortatiuè ad indicandum scilicet vehemens propositum Patris testantis, vt tutela per matrem administretur, non coactiuè inferendo vim, & quodamodo necessitatem ad asumendum, cum hoc non sit in potestate eiusdem Patris testantis. Dici etiam potest, & forte melius, quod pater in illa dispositione prohibitoria intenderit solummodo, quod mater non peteret tutorem ad arbitrium, sed in casu, quo ipsa nollet assumere, relinqueret locum legitimo habenti proximus ius successionis, denuntiando tamen iuridicè in actis, quod ipsa nolit assumere, & curando, quod ipse legitimus in effectu assumat, & administret.

7 Soluitur argumētum pro contraria sententia adductū.

§. VIII.

An mater, alijq; successionem filiorum impuberum sperantes, teneantur suis sumptibus eisdem tutorem petere.

SVMMARIVM.

Exponitur titulus in casibus particularibus. 1.

Expensæ vel fieri possunt in prima, vel in secunda petitione. 2.

Sententia asserens expensas huiusmodi non pertinere ad pupillos, sed ad petentes. 3.

Sententia Bartoli volentis expensas factas per Matrem, vel proximiores circa personas proprias adeundo, vel redeundo non esse imputandas pupillis, benè tamen factas circa personas pupillorum. 4.

Sententia Surdi in ordine ad diuersas expensas diuersimodè procedentis. 5.

Explicatur, in quibus fieri possint huiusmodi expensæ. 6.

Si in adeundo, vel redeundo Mater, seu proximiores maiores expensas fecerint, ac essent facturi, si domi mansissent, excessus est à pupillis soluendus. 7.

Limita in casu, quo excessus esset modicus. 8.

Si expensæ factæ fuerint circa personas pupillorum ducendo, & reducendo sunt per eosdem pupillos compensandæ. 9.

Intellige, si illæ expensæ sint supra illud, ad quod Mater, vt Mater tenetur. 10.

An mater alimenta filijs præstita possit repetere remissiuè. 11.

Si expensæ factæ fuerint in præparatorijs ad iudicium, in scripturis, citationibus &c. vtique Mater potest illas repetere. 12.

Mater in hoc æquiparatur vsufructuario. 13.

Etiam expensas factas in decisorijs potest Mater repetere. 14.

Potest etiam repetere expensas factas in accusatione, & remotione tutoris suspecti. 15.

Illa actio accusationis est in fauorem pupillorum. 16.

Ratio suadens, quod Mater possit repetere expensas factas in prima petitione tutoris, suadet etiam posse repetere factas in secunda. 17.

Etiam possunt repetere expensas factas in subrogatione alterius tutoris in locum suspecti. 18.

DIsquisitio VIII. Cum Mater teneatur filijs ex marito præmortuo susceptis impuberibus, eaque Matre deficiente alij in gradu proximiores eisdem filijs, & habentes ius immediatius ad successionem eorundem teneantur intra tempora à iure præfinita tutorem petere, contigit, vt in huiusmodi petitione plures per eandem Matrem, vel per alios in gradu proximiores factæ fuerint expensæ. Excitata hic fuit controuersia, an illæ expensæ computandæ sint pupillis, in quorum fauorem facta fuit illa petitio, an verò Matri, alijsque proximioribus in gradu petentibus?

1 Expositio tituli.

Hæc quæstio æquè agitari potest, vel in ordine ad primam petitionem, quando scilicet primò constituendus est tutor, vel in ordine ad secundam, quando iam primo datus est tutor, qui, cum vel factus fuerit inhabilis, impar, vel suspectus est remouendus, & alter in ipsius locum substituendus; tunc etenim etiam Mater, vel alij proximiores in gradu tenentur allegare inidoneitatem, imparilitatem, & suspicionem iam dati, eiusque curare remotionem, editisque aliorum nominibus alterum in tutorem petere. Supposito etenim, quod in vtraque hypothesi factæ fuerint expensæ, quæritur, an in vtraque eædem expensæ sint compensandæ per pupillos, an verò computandæ Matri, alijsque proximioribus, qui eas fecerint.

2 Expensæ quomodo fieri possint in huiusmodi petitione.

Ioannes *Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 16. num. 89.* per textum *in l. suo victu ff. de oper. libert.* sentit, quod huiusmodi expensæ nō sint imputandæ pupillis, sed Matri, seu alijs in gradu proximioribus, qui easdem expensas fecerunt, adducta etiam ratione, quia scilicet has expensas fecerunt iure cogente, & ex officij natura.

3 Sententia asserens huiusmodi expensas fieri debere à Matre, vel consanguineis.

Bartolus *in l. 1. in vtraque lectura C. de negot. gest. & in l. Nesennius ff. eod.* limitādo præcedentem opinionem dicit, quod Mater, cæterique proximiores in gradu expensas factas circa personas proprias adeundo, & redeundo, & similia non imputent pupillis, benè tamen expensas factas circa personas pupillorum veluti inducendo eosdem in ciuitatem ad effectum, vt eis detur tutor, vel reducendo à ciuitate ad patrium solum.

4 Exponitur in hoc sententia Bartoli distinguentis.

Petrus *Surdus de aliment. tit. 5. q. 8. nu. 92. cum seqq.* videtur asserere, quod Mater, cæterique proximiores in gradu teneantur ex proprio facere huiusmodi expensas, nec possint imputare easdem pupillis; sed postea distinguendo de expensis in ordine ad diuersa diuersimodè procedit. Quid iam in hac controuersia concludendum?

5 Sententia Surdi in ordine ad diuersas expensas diuersimodè procedentis.

Pro vberiori doctrina, & clariori intelligentia considerandum venit, quomodo, & ad quemnam effectum factæ fuerint huiusmodi expensæ; vel etenim

factæ

factæ sunt ex necessitate adeundi Iudicem, & redeundi ab eodem in cibarijs, & vecturis necessarijs personæ adeuntis, & redeuntis, vel in necessarijs ex itinere respectu pupillorum, qui fuerunt adducti ad Iudicem, & reducti; vel in præparatorijs ad iudicium in scripturis, & præuijs citationibus, informationibus, & similibus, vel in decisorijs in reportatione decreti, in solutione salarij, & similibus. Rursus vel factæ sunt in remotione prioris tutoris suspecti circa accusationem eiusdem, probationes, aliaque in contradictorio iudicio, vel in electione alterius in probanda eiusdem idoneitate, alijsque in hoc genere præstandis. Quibus positis.

6 Explicatur, in quibus fieri possunt huiusmodi expensæ.

Respondeo primo. Si mater in adeundo, & redeundo ad Iudicem maiores expensas fecerit, quam factura fuisset, si fuisset domi, probabilius est, quod illum excessum possit à pupillo repetere. In hanc responsionem consentire videntur *Alexander in l.1.num.4. C. de negot. gest., & ibi Salicetus in fin., Ioannes Petrus Surdus de aliment.tit.5.q.8. num.86., Castrensis in d.l.1. num. 5. C. de neg. gest.* Rationem ex eo deduco, quia, licet Mater, cæterique proximiores in gradu teneantur tutorem pupillis petere quoad curam, & sollicitudinem, non tenentur tamen de suo impendere, cum illa petitio, & datio tutoris maximè sit proficua eisdem pupillis *Bartolus in l. 2. num. 2. C. de negot. gest., Baldus in d.l.1. num. 4. & ibi Salicetus circa fin., Castrensis num.4., Alexander num.4.*

7 Si Mater in adeundo, vel redeundo maiores expensas fecerit, ac factura fuisset, si domi mansisset, excessus est per pupillos compensandus.

Neque obesse potest, si asseratur, quod, cum Mater, cæteriq; coniunctiores in gradu teneantur ex propria conditione tutorem huiusmodi pupillis petere, teneantur etiam ad ea omnia, quæ præuiè requiruntur ad talem petitionem, nec possint repetere ea, quæ circa proprias personas in illo munere insumpserunt, etiam si protestationem emiserint de illis repetendis, cum protestatio non iuuet in actu necessariò *Baldus in d. l. 1. num. 4. C. de negot. gest.* vbi pro hoc etiam citat *Iacob.Butrig.* Non, inquam, obesse potest, quia, licet iura inducant quoquo modo necessitatem petendi tutorem respectu matris, aliorumque proximiorum in gradu, non tamen legem imponunt, vt necessaria ad talem petitionem præstent cum suo dispendio, & damno in rebus proprijs, cum hæc fiant in commodum, & vtilitatem pupillorum, qui propterea tenentur eadem compensare; non enim officium Matris debet esse eidem damnosum *l. sed & si quis ff. quemad. testam. aper. l. videlicet ff. ex quibus cau. maior.*

Soluitur instantia opposita.

Neque vlterius vrgeas, quod nedum talis petitio cedat in vtilitatem pupillorum, sed etiam & potissimum in commodum eiusdem Matris, cæterorumque coniunctorum, nam adimplendo talem petitionem firmant ius in se ipsis ad hæreditatem, quod amittunt, si non petant per textum *in l. sciant C. de legit. hæred.* Contra enim adhuc impugnaberis, quia, licet mater hac necessitate causatiua teneatur petere, si velit hæreditatem decedentibus pupillis in pupillari ætate; hæc tamen necessitas in illis expensis non venit in consideratione, prout considerauit *Alexander in d. l. 1. num. 3. propè fin. C. de negot. gest.* per iura ibid. ab ipso allegata, cum præsumatur respectum præcisè habuisse ad vtilitatem, & indemnitatem pupillorum.

Limitanda tamen est responsio in hypothesi, qua expensæ factæ a Matre in adeundo, & redeundo a Iudice in modico excederent expensas, quas factura fuisset Mater, si domi permansisset, prout notant *Baldus in d. l. 1. num. 5., Salicetus in fin., Castrensis num. 5., Alexander num. 4. C. de neg. gest.*, quia illa modicitas non venit in consideratione.

8 Intellige nisi excessus fuerit modicus.

Respondeo secundo. Si expensæ illæ factæ fuerint à Matre, vel alijs in gradu proximioribus circa personas pupillorum eos ducendo, & reducendo pro tutore, & sint supra illud, ad quod aliunde Mater, vt Mater tenetur, sunt per eosdem pupillos compensandæ *Bartolus in l. Nesennius ff. de negot gest., Castrensis in l. 1. n. 5. vers. quædam fiunt, & ibi Salicetus in fin., Alexander num. 4. C. de negot. gest., Ioannes Petrus Surdus de aliment. tit. 5. alias tit. 6. q. 8. num. 86.*, à quibus non dissentiri videtur *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 16. num. 89.* Ratio ex ijs deducitur, quæ dicebamus in probatione præcedentis responsionis, nempe, quod licet Mater teneatur saltem necessitate causatiua ad petitionem pro filijs de tutore, & ad ea omnia, quæ sunt requisita præuiè ad talem petitionem, & dationem eiusdem tutoris, non tenetur tamen ad eadem præstanda cum sui dispendio, quia vt benè notat *Ioannes Petrus Surdus d. tit. 5. q. 8. num. 92.*, licet Mater compellatur a lege ad petendum tutorem, debet posse repetere omnem impensam, cum nihil imputari sibi possit, & cum lege imperante egerit, non debet officium suum esse ipsi damnosum *l. sed & si quis ff. quemad. test. aper. l. videlicet ff. ex quib. caus. maior l. si seruus §. quod verò ff. de furt., Tiraquel de retract. consang. §. 1. glos. 9. num. 266.*

9 Expensæ factæ circa personas pupillorum eos ducendo, & reducendo sunt per ipsos pupillos compensandæ.

Rationes pro hac resolutione.

Dixi, *si impensa factæ circa personas pupillorum sint supra illud, ad quod aliunde Ma-*

ter, vt Mater tenetur, propterea, quæ docet *Bartolus in d. l. 2. num. 2. C. de neg. gest.*, *Castrensis in d. l. 1. nu. 5. vers. quadam fiunt* nempe, quod de illis expensis idem disponatur, quod de alimentis pupillo præstitis, quasi, quod velint, quod alimenta præstita a Matre filijs non possint repeti; Si enim re vera, prout isti DD. supponunt, alimenta præstita non possunt repeti, quasi quod eisdem pupillis fuerint debita, certè Mater expensas correspondentes alimentis non posset repetere; quamobrem tunc solum posset exigere illas, prout vt sunt excedentes, & supra debitum alimentorum, nisi essent supra illud debitum in ita modica quantitate, vt excessus non esset considerabilis, prout considerauit *Alexander in d. l. 1. num. 4. C. de neg. gestis*, & cum eo *Ioannes Petrus Surdus loc. cit. num. 88. in fin.*

10 Intellige, si illæ expensæ sint supra illud, ad quod Mater, vt Mater tenetur.

Sed, an re vera alimenta præstita filijs à Matre non possint repeti? Plura de hoc diximus *vol. 9. sub tit. Contractus XV. de matrimon. 9. passim per prænot. & disq.*, & *præcipuè prænot. 5. num. 12.* vbi, quod mortuo Patre, si filij fuerint diuites, & Mater eisdem contulerit alimenta nulla præmissa protestatione repetendi, probabilius non possit eorundem alimentorum æstimationem repetere, prout notarunt etiam *Pontanus de aliment. c. 8. num. 6.*, *Surdus de aliment. tit. 16. q. 8. num. 41. & 81.*, *Ioannes Angelus Bossius tract. de effect. matrim. part. 2. c. 7. num. 331.* per textum *in l. 1. & 2. & l. alimenta C. de negot. gest.*, *& l. Nesennius ff. eod.* Item *d. prænot. 5. num. 18.*, quod, si Mater pro tempore, pro quo administrat bona filiorum, eisdem alimenta ex suo subministret, non præsumatur animo donandi conferre, ac proinde possit iuste eorum æstimationem repetere, prout firmarunt etiam *Bartolus in d. l. Nesennius num. 5. ff. de negot. gest. & ibi Baldus num. 3.*, *Fulgosius num. 4.*, *Castrensis num. 3.*, *Mantica de tut. & ambig. conuent. lib. 13. tit. 12. num. 13.*, *Menochius de præsumpt. lib. 6. præsumpt. 71. num. 3.*, *Cancerius var. resol. part. 1. c. 16. nu. 3.*, *Ioannes Garzias de expens. c. 4. num. 25.* Alia plura ibidem diximus recolenda, quæ non vacat hic repetere.

11 An Mater alimenta præstita filijs possit repetere remissiuè.

Respondeo tertio. Si expensæ factæ fuerint in præparatorijs ad iudicium in petitione tutoris, puta, in scripturis, præuijs citationibus, informationibus pro solutione Notarij, Actorum, Procuratoris, & Aduocati, vtique Mater potest eas repetere *Bartolus in d. l. 2. num. 2. C. de negot. gest.*, *Baldus in d. l. 1. num. 4. & ibi Salicetus circa fin.*, *Castrensis num. 4. C. eod.*, *Ioannes Petrus Surdus d. tit. 5. alias 6. q. 8. num. 88.*, & ratio in fortioribus terminis deducitur ex ijs, quæ diximus in probatione præcedentium responsionum; hæc etenim omnia concernunt commodum, & vtilitatem pupillorum, nec aliquid potest imputari ipsi matri, alijsque consanguineis petentibus, nec ipsorum officium potest eisdem esse damnosum per superius allegata iura.

12 Si expensæ factæ fuerint in præparatorijs iudicij, vtique mater potest illas repetere.

Addi etiam potest ratio considerata *à Bartolo in l. cotem ferro §. qui maximos num. 15. ff. de publica*, *Angelo in l. hactenus circa fin. ff. de vsufruct. & alijs* nempe, quod in hoc Mater comparetur vsufructuario, qui, quamuis teneatur curam refectionis assumere, non tamen tenetur impendere de suo, ergo etiam, quantumuis Mater teneatur filijs impuberibus tutorem petere, non tamen expensas requisitas ad talem petitionem, & dationem tutoris tenetur de suo facere. *Baldus in d. l. 1. num 4. & alij supra allegati C. de neg. gest.*

13 Mater in hoc æquiparatur vsufructuario.

Respondeo quarto. Etiam expensas factas in decisorijs, in reportatione decreti, & solutione salarij, si ad hoc requiratur, poterit Mater repetere. Ab hac responsione arbitror non posse dissentiri quotquot sustinent præcedentem responsionem, & rationes, quæ pro illa suadent, videntur etiam efficacitèr suadere pro ista.

14 Etiam expensas factas in decisorijs Mater potest repetere.

Respondeo quinto. Expensas, quas fecit Mater in accusatione prioris tutoris suspecti, in probatione suspicionis, alijsque in contradictorio iudicio, vtique potest repetere *Iacobus Butri.*, *Cinus*, & *Baldus in l. 1. C. de neg. gest.*, *Bartolus in l. 2. C. eod. tit.*, *Ioannes Petrus Surdus de aliment. tit. 6. q. 1. num. 2. & 3.*, quamuis hic parum sibi constans contrarium doceat *tit. 5. alias 6. q. 8. num. 89.* Fundamentum huius responsionis ex eo deducitur, quod non alia ratione patroni contrariæ sententiæ docent Matrem non posse huiusmodi expensas factas circa accusationem tutoris suspecti repetere, nisi quia eadem mater non tenetur accusare, nec aliquo iure compellitur ad curandam eius remotionem, prout probat *Surdus d. tit. 5. q. 8. num. 89.* per textum *in l. 2. §. si mater, & §. seq. ff. ad Tertul.*; sed hæc ratio nihil penitus euincit primo, quia nos in præcedentibus latè docuimus, quod mater necessitate causatiua non solum teneatur petere tutorem, sed etiam iam datum, si fuerit factus suspectus, & non idoneus, remouere facere, & signanter *sub hoc eodem titulo prænot. 13. num. 12. & num. 88.* Idipsum docuerunt *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 16. nu. 57.*, *Montanus de tut. & curat. c. 18. num. 16.*, *Maranus in repet. l. is potest num. 186. ff. de*

15 Potest etiam repetere expensas factas in accusatione tutoris suspecti.

Rationes pro responsione, & confutationes simul contrariarũ rationũ.

acq.

aeq. hared., & expressè colligitur *ex l.2. vers. sunt autem ff. qui pet. tut.*; secundo, quia ex eo, quod mater non teneatur accusare tutorem iam datum tanquam suspectum volunt *Iacobus Butr.*, *Cinus, & Baldus in d. l. 1. C. de neg. gest.*, quod, si accusauerit, & aliquid impenderit in tali accusatione pro remouendo tutore suspecto, possit repetere impensum, ex quo illud non fecit coacta necessitate aliqua, sed mera voluntate; vnde *Practica in forma libel. pro legat. rei sing. in princip. nu. 86.*, *Baldus Nouellus in l. 1. n. 46. ff. solut. matrim.* statuunt pro regula, quod, qui aliquid in fauorem alterius impenderit, puta in alimentis, ad quod non tenebatur, possit illud repetere; quia præsumitur præstitisse animo repetendi, non donandi.

Regula igitur repetendi solutum in accusatione, & remotione tutoris suspecti, seu non idonei non fundatur præcisè nec in necessitate illius actionis, nec in libertate, sed in eo, quod illa actio, si exerceatur, cedit in fauorem pupilli, &, si facta est cum impendio, non debet esse damnosa operanti, cum nihil ei possit imputari per ea, quæ supra commendauimus. Siue ergo mater teneatur accusare, & remouere facere tutorem suspectum, siue non teneatur, si tamen in beneficium pupillorum, & cum dispendio remouere fecerit, poterit impensum repetere.

16 Illa actio accusationis est in fauorem pupillorum.

Addo, quod non est assignabilis ratio conuincens, propter quam mater possit impensas factas in prima petitione, & assignatione tutoris repetere, non possit autem repetere factas in petitione, & assignatione secundi tutoris, quando primo datus tanquam suspectus fuit remotus, & licet *Ioannes Petrus Surdus de alimentis tit. 5. q. 8. nu. 89.* conetur aliquam rationem diuersitatis afferre fundatam in eo, quod prima petitio sit ex necessitate iuris, accusatio autem tutoris iam dati, & sollicitudo de ipso remouendo, & alio substituendo fit ex voluntate; hæc tamen diuersitas confutata remanet, tum ex eo, quod iuxta textum *in d. l. 2. vers. sunt autem ff. qui pet. tut.* etiam onus accusationis respectu matris aduersus tutorem suspectum est ex necessitate causatiua; tum ex eo, quod, quamuis talis accusatio foret arbitraria, cum tamen facta sit cum impendio in fauorem pupilli digna est reparatione talis impendij ex regula supra allegata, à qua dissentiri non videtur *d. Surdus d. tit. 6. q. 1. num. 2.*; vnde miror, quod idem Surdus tantum fidat illi rationi diuersitatis, cum contrarium ipse statuat.

17 Ratio suadens posse repeti expensas factas in prima petitione suadet etiam posse repeti factas in secunda.

Respondeo sexto. Non solum Mater, cæterique proximiores in gradu possunt repetere expensas factas in accusatione, & remotione tutoris suspecti, sed etiam expensas factas in petitione, & assignatione alterius in locum suspecti, & remoti, si quæ factæ fuerint, distinctæ à factis in accusatione, & in remotione primi. Eisdem fermè rationibus euincitur, quibus probatæ fuerunt præcedentes responsiones, vnde non est, quod in eiusdem probatione, & confirmatione immoremur.

18 Etiam possunt repetere expensas factas in subrogatione alterius tutoris in locum remoti, vt suspecti.

---

§. IX.

An, si Mater, seu cæteri proximiores in gradu actionem mouerint super suspicione, & remotione tutoris iam dati, & in iudicio succubuerint possint expensas circa illam actionem repetere.

SVMMARIVM.

Sensus controuersiæ expositus. 1.
Sententia asserens matrem non posse repetere expensas factas in tali iudicio. 2.
Sententia asserens posse repetere, eiusque rationes. 3.
Cautela Surdi, ne Mater succumbat in huiusmodi expensis. 4.
Si Mater, cæterique proximiores rationabilibus motiuis illud iudicium intentauerint, possunt expensas repetere. 5.
Actio, qua possunt repeti huiusmodi expensæ, vel possunt esse negotiorum gestorum, vel condictionis ex lege. 6.
Non currit paritas de defendente, qui succubuit. 7.
Mater non proposuit iniustam actionem. 8.
Si mater emendicatis coloribus, & friuolis motiuis litem, & iudicium intentauerit, & succubuerit, non potest expensas repetere. 9.

Disquisitio IX. Ad petitionem matris, seu aliorum in gradu proximiorum pupillis habentium ius immediatum ad successionem eorundem constituto tutore cæpit hic suspicionem non leuem ingerere super imprudenti, & mala administratione tutelæ sibi collatæ. Mater sollicita, seu forte non existente matre alij proximiores in gradu de indemnitate pupillorum eundem tutorem iam datum suspectum postulauerunt apud Iudicem, & in tali postulatione, cæterisque super hoc actitatis non modicos sumptus fecerunt. Ponderatis omnibus Iudex tutorem primo datum ab- 1 Exponitur status disquisitionis.

ſoluit a petitis per matrem, ſeu cæteros conſanguineos accuſantes, eundemque in tutela non obſtantibus deductis confirmauit. Contendebant poſtea mater, ſeu cæteri conſanguinei in gradu proximiores ſumptus in hac actione factos á pupillis redimere. Quæſitum fuit, an iuſta, & rationabilis eſſet eorum actio ad huiuſmodi repetitionem?

Mouet hanc quæſtionem *Ioannes Petrus Surdus de aliment. tit. 5. alias 6. q. 8.*

2 Sententia aſſerens matrem non poſſe repetere expenſas factas in tali iudicio.

n.91., vbi primo refert opinionem *Bartoli in l.2. num.5. C. de neg. geſt.* volentis, quod mater, quæ in iudicio ſuccubuit, nó poſſit repetere expenſas, quas fecit in tali iudicio, argumento eius, quod de defenſore dicitur *in l. iam tamen §. in hac ff. iud. ſol.*, *& per DD. in l. etiam C. mandati*, addita etiam ratione, quia mater debet ſibi imputare, quod iniuſtam actionem propoſuerit, nec filius tenetur pro eo, quod iuſtè, & vtilitèr in eius fauorem non eſt geſtum *Baldus in l. 1. C. de negot. geſt.*, *& ibi Salicetus n.3. verſ. ſed his latius*.

Secundo, refert etiam contrariam ſententiam volentem, poſſe huiuſmodi ex-

3 Sententia aſſerens poſſe repetere, eiuſque rationes.

penſas repetere; atque huic opinioni ipſe magis videtur adhærere. Ratio huius opinionis ex eo videtur poſſe deduci, quod mater, cæterique proximiores in gradu teneantur lege compellente, & ex neceſſitate coactiua tutorem ſuſpectum poſtulare, per textum *in l.2. verſ. ſunt autem ff. qui pet. tut.*, quod autem fit lege compellente non eſt imputabile operanti, cuius officium ipſi non debet eſſe damnoſum iuxta textum *in l. ſed, & ſi quis ff. quemad. teſtam. ap.*, & ei ignoſcendum eſt, qui actum facit ex neceſſitate *l. ſi fideiuſſor §. ſi neceſſario ff. qui ſatisd. cog.*

Addit vlterius idem *Surdus loc. cit.* cautelam ad effectum, ne mater in hac hy-

4 Cautela Surdi ne mater ſuccumbat in huiuſmodi expenſis.

potheſi ſuccumbat expenſis, quæ contingent fieri circa huiuſmodi poſtulationem ſuſpecti; aſſerit enim, quod, cum lege compellente teneatur poſtulare, poſſit a principio agere, vt ſibi miniſtrentur expenſæ eo modo, quo dicit de fructuario *Bartolus in l. cotem ferro §. qui maximos n.15. ff. de publican.*, *& Angelus in l. hactenus circa finem ff. de vſufruct.* quibus expenſis receptis a principio non poterit poſtea eadem mater compelli ad eas reſtituendus, quia ſæpè impenſa iuſte retinetur, quæ tamen non reperitur, eo modo, quo ſatis communitèr ſtatuunt DD. de melioramentis bona fide factis in re aliena. Hæc expreſsè colligo *ex eodem Surdo loc. cit.* Quid iam in hac controuerſia concludendum?

Conſiderandum eſt, an mater, cæterique proximiores in gradu in illo iudicio intentato circa poſtulationem tutoris ſuſpecti ducti fuerint ex rationabilibus motiuis, & probabilibus rationibus ſuadentibus talem ſuſpicionem; an vero ex inanibus, friuolis, & emendicatis coloribus. Qua poſita conſideratione.

Conſiderabilia circa quæſitum.

Reſpondeo primo. Si mater, cæteriq; habentes ius immediatum ad ſucceſſionem pupillorum rationabilibus motiuis,

5 Si mater, cæteriq; proximiores ducti fuerint rationabilibus, & congruis motiuis ad illud iuditiú, probabilibus poſſunt repetere expenſas in illo factas.

& congruis rationibus ducti fuerint ad intentandum iudicium circa ſuſpicionem tutoris iam dati, & in tali iudicio ſuccubuerint, valdè conſonnm rationi, & æquitati videtur, quod poſſint expenſas in tali iudicio factas repetere. In hac videtur conſentire *Ioannes Petrus Surdus d. q. 8. n. 92.* Rationem ex eo deduco, quia exiſtente rationabili motiuo ſuſpicionis in tutore iam dato mater, cæterique proximiores in gradu ex vi proprij officij, ſicque lege compellente tenentur conſulere eiſdem pupillis, eorumque damna rationabilitèr præuiſa, quantum poſſunt, reparare, nec ad hoc tenentur proprio impendio, ſed ſumptibus eorum, in quorum vtilitatem ordinant ſuam actionem, ne eorum officium ſit ipſis damnoſum per ſuperius allegata iura, ergo vrgente tali congrua ratione, & rationabili motiuo, ſi expenſas fecerint ad remouenda damna, quæ poſſent rationabiliter pupillis imminere, eaſdem vtpotè ordinatas ad bonum eorundem poterunt repetere; Neque dicas, non poſſe aſſignari actionem, qua poſſint huiuſmodi expenſas repetere; non enim poteſt dici, quod per actionem negotiorum geſtorú poſſint conſequi harum expenſarum repetitionem, quandoquidem ex negotijs geſtis nulla conſurgit actio ad repetitionem, quando talia negotia non fuerunt vtilitèr geſta per ea, quæ conſiderar ex communi *Ioannes Petrus Surdus de aliment. tit. 5. q. 8. nu. 94.* prout contingit in præ-

6 Actio qua poſſunt repeti huiuſmodi expenſæ, vel poteſt eſſe negotiorum geſtorú, vel condictionis ex lege.

ſenti hypotheſi, ſecundum quam mater in iudicio ſuccubuit; Contra enim impugnaberis, quia quantumuis, quando negotium voluntariè geſtum eſt, non oriatur ex eodem actio ad repetendum, ſi vtilitèr non fuerit geſtum, quando tamen geſtum eſt ex neceſſitate legis compellentis oritur etiam actio ad repetitionem, quantumuis negotium vtilitèr non euenerit, ſi tamen fuerit ex rationabili motiuo probabilis ſpes futuri vtilis euentus, prout etiam diſtinguendo conſiderauit idem *Surdus loc. cit. n. 92.* Dici etiam poſſet huiuſmodi expenſas in hac hypotheſi repeti poſſe condictione ex lege, vel per actionem vtilem, licet non directam.

Adde, quod, ſi exiſtente rationabili

moti-

Argumētum ex incongruo.

motiuo ad agendum ad remotionem tutoris suspecti mater non posset repetere expensas in tali actione factas ex eo, quod in iudicio succubuerit, maximè remouerentur matres, cæterique proximiores in gradu a postulandis tutoribus suspectis cum ingenti præiuditio pupillorum, cum possent semper esse dubiæ de futuro exitu postulationis, & possent subesse damnis in amissione illarum expensarum per actionem ad aliorum fauorem ordinatam.

7 Non currit paritas de defendente, qui succubuit.

Nec potest obesse argumentum desumptum à paritate defensoris, qui iuxta ea, quæ dicebantur in prima sententia, non potest repetere expensas, quas fecit titulo defensorio, si non obtinuit in causa, sed succubuit per textū *in l. iam tamen §. in hac stipul. ff. iud. sol.* Non, inquā, obesse potest, quia in hoc textu est sermo de fideiussoribus, qui non tenentur iudicio mandati ad defensionem, & de his dicitur, quod, si ex se assumpserint onus defensionis, & victi fuerint, repetant quidem sortem solutam, non tamen sumptus litis, eo quia sine mandato defensionem assumpserint; hoc autem non militat in matre, cæterisque proximioribus in gradu in ordine ad accusationem tutoris suspecti, quia à lege, & ex proprio munere compelluntur accusare, si fortè sit rationabilis causa accusationis, adeoque &c.

8 Mater non proposuit iniustam actionem

Minus officere possunt ea, quæ subduntur pro eadem sententia, quod scilicet mater debeat sibi imputare, quod iniustam actionem proposuerit, & quod non teneatur filius pro eo, quod non est vtilitèr gestum. *Baldus in l. 1. nu. 4. in fin. vers. sed hic quæro C. de negot. gest.* Minus, inquam, officere potest, quia incongruè dicitur, quod iniustam actionem proposuerit, dum proposuit rationabili motiuo suadente, & qui iuxta prudentis rationis dictamen operatur, non potest dici incongruè operari, cum probabilis ratio tribuat iustum titulum agendi.

9 Si friuolis rationibus iudicium illud intentauerit, & succubuerit, non potest expensas repetere.

Respondeo secundo, si mater inanibus, friuolis, & emendicatis coloribus iudiciū intentarit aduersus tutorem allegando ipsum suspectum, & in hoc expensas fecerit, non potest iustè easdem à pupillis repetere; & in hoc verificatur id, quod supra dicebatur *ex Baldo, & Saliceto in l. 1. C. de neg. gest.*, quod scilicet mater debeat sibi imputare, quod iniustam actionem proposuerit, & qui cauilosè emendicatis coloribus procedit, dicitur iniustè procedere; iniusta autem actio non potest, nisi obesse agenti; nec potest dici, quod mater in hac hypothesi compellatur à lege ad postulandum tutorem suspectum, cum rationabilitèr non appareat de tali suspicione.

---

§. X.

An mater non petens tutorem filijs intra annum à iure præscriptum priuetur etiam substitutione fideicommissaria.

SVMMARIVM.

Casus in suis terminis expositus. 1.
Considerationes circa titulum. 2.
Si aliqua tantum bona fuerint supposita fideicommisso, & fuerit legitima relicta libera filijs mater ob non petitionem tutoris, non priuatur bonis, ad quæ habet fideicommissariam substitutionem, priuatur tamen legitima filiorum. 3.
Mater quoad illa bona non succedit filijs, sed Patri. 4.
Textus in l. sciant C. de legit. hæred. *procedit tantum de substitutione directa.* 5.
Procedit siue substitutio Matris facta fuerit in primis tabulis, siue in secundis. 6.
Legitima debet peruenire in filios sine vllo onere, & conditione. 7.
Si omnia bona hæreditatis fuerint relicta filio cum substitutione Matris, Mater ob non petitum tutorem, non priuatur iure ad eadem bona, si excipias legitimam filiorum. 8.
Ob nō petitum tutorem, mater priuatur etiam tertia parte illius legitimæ filiorum, quæ cæteroqui sibi deberetur. 9.

Disquisitio X. Dispositum fuerat per testatorem, vt eius hæreditas titulo institutionis deueniret ad proprium filium, quo decedente sine liberis titulo substitutionis fideicommissariæ transiret ad eius matrem. Mater iuxta præcedentèr dicta mortuo marito tenetur filijs impuberibus intra annum ab obitu mariti patris eorundem filiorum tutorem eisdem petere sub pæna priuationis hæreditatis. Hæc mater de facto intra annum filio suo tutorem non petijt, qui post annum in pupillari ætate decessit. Excitata fuit hic controuersia, an mater, ob non petitum tutorem amiserit ius ad talem substitutionem fideicommissariam, ad quam vocata fuit per maritum?

1 Exponitur status tituli propositi.

Hic pro solutione considerandum venit, an tota hæreditas, seu omnia bona per maritum relicta filio cum substitutione matris fuerint supposita vinculo fideicommissi, & aliqua dumtaxat, quæ

2 Considerationes circa titulum.

fint

sint extra quantitatem legitimæ debitæ eidem filio; ex hac etenim consideratione oriri possunt diuersæ rationes decidendi. Id, quod dicitur de fideicommissaria substitutione, dicendum est etiã de vulgari, prout notauit *Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 16. nu. 126.*

3 Mater non petens tutorem non priuatur fideicommissaria substitutione, benè tamen legitima libera data filijs.

Respondeo primo. Si aliqua tantum bona fuerint supposita vinculo fideicõmissi, ad quod post mortem filij fuerit mater vocata, ita tamen, vt alia bona adæquantia præcisè quantitatem legitimæ debitæ filio liberè remanerent, mater ob non petitionem tutoris non priuatur bonis, ad quæ habet substitutionem fideicommissariam, priuatur tamen bonis, quæ libera relicta sunt filio, tanquam eius portio legitima. Ita quoad primam partem *Salicetus in l. sciant col. fin. C. de legit. hared., Gabriel commun. opin. lib. 6. concl. 1. de tutel. num. 43., Corneus in d. l. sciant sub num. 3., Baldus in l. omnem C. ad Tertul., Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 16. num. 124. & 125.* Quoad secundam omnes, quotquot sustinent, matrem ob non petitum tutorem intra tempora à iure præfinita priuari hæreditate pupillorum.

Ratio primæ partis ex eo desumitur, quod dicebamus in præcedentibus *sub hoc eod. tit. de tut. & curat. 1. prænot. 13. num. 24.*, nempe, quod mater ob non petitum tutorem non priuetur legato ipsi per maritum relicto, prout etiam firmarunt *Montanus de tut. & curat. c. 18. num. 49. & alij secuti Glosam in d. l. sciant C. de legit. hared. & ibi Baldus in prima quæst., Salicetum in l. omnem C. ad Tertul.*, & hoc propter eam rationem,

4 Mater quoad bona fideicommissaria non succedit filijs, sed eorum Patri.

quia in eo legato mater non succedit filio, à cuius successione expellitur, sed Patri, sed etiam quoad fideicommissariam substitutionem Mater non succederet filio decedenti in impubertate, sed patri eam vocanti ad fideicommissum, prout notant *Salicetus in d. l. sciant col. fin. C. de legit. hared., Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 16. num. 125. & alij communiter*, ergo illa substitutione non est priuanda ob non petitum tutorem, quod maximè firmatur per textum *in l. fin. §. si verò maritus ff. qui petant tut.* Nec

5 Textus in l. sciant C. de legit. hared. procedit tantum de substitutione directa.

aduersari potest textus *in d. l. sciant C. de legit. hared.* vbi dicitur, quod sit neganda matri, quæ tutorem filijs impuberibus intra annum non petijt, omnis siue ab intestato, siue iure substitutionis successio; Non, inquam potest aduersari, quia hic textus, vt benè notat *Glosa in d. l. fin. vers. si verò maritus*, procedit tantum de substitutione directa, secundum quam deberet succedere filio, non de fideicommissaria, secundum quam succedit defuncto vocanti ad talem substitutionem.

Limitat hanc nostram responsionem *Baldus in d. l. omnem C. ad Tertul.*, vt procedat tantum, quando substitutio facta est in primis tabulis, secus, quando in secundis; sed non video rationem diuersitatis, cur debeat subsistere in primo casu, non autem in secundo cum liberum sit testatori fideicommissariè substituere, siue in primis, siue in secundis; & quomodocunq; fiat substitutio æquam vim, & effectum debeat sortiri. Quamobrem cum Corneo *in d. l. sciant sub nu. 3. & Ioanne Gutierez loc. cit. num. 125.* arbitror dispositorum absolutè procedere.

6 Procedit siue substitutione Matris facta fuerit in primis tabulis, siue in secundis.

Ratio secundæ partis ex eo desumitur, quia bona, quæ tanquam portio legitima deueniunt, seu deuenire debent in filium, debent sine vllo onere, conditione, & grauamine ad ipsum pertinere *Gratianus discept. for. c. 594. num. 4. & per totum, Vrceolus consult. for. c. 6. num. 3. & seqq., Merlinus de legit. lib. 3. titul. 2. per totum*, adeout legitima, nec recipiat onus reciprocæ substitutionis inter filias *Caluanus cons. 31. nu. 4. & seqq., Gratianus decis. 102., Paulus Christin. decis. 182. num. 21. & seq. vol. 5.*, ergo, cum pleno iure deueniant in filium, & fiant proprium eius patrimonium, mater in eisdem non poterit succedere, si tutorem intra tempus non petierit, quandoquidem ob talem non petitionem priuatur quocunq; iure ad successionem filiorum per superius enuntiata iura.

7 Legitima debet peruenire in filios sine vllo onere, & conditione.

Respondeo secundo. Si tota hæreditas, seu omnia bona hæreditatis fuerint relicta filio cum substitutione fideicommissaria in fauorem matris, mater ob non petitum tutorem non priuatur iure ad eadem bona, si detrahas illam partẽ, quæ tanquam legitima debetur filio omnino libera ab omni onere. In hanc responsionem consentire tenentur, quotquot sustinent præcedentem; bona etenim illa mortuo filio impuberi non deuenirent ad eandem matrem tanquam hæreditas filij prædefuncti, sed tanquam bona à Patre titulo substitutionis fideicommissariæ delatæ; Neque illa exceptio, *si detrahas illam partem, qua tanquam legitima &c.* aliquam pati potest difficultatem, quandoquidem, vt supra asserebam, legitima debetur filijs immunis à quocunque onere, & conditione, & licet sine vlla distinctione legitimæ delata fuerit filio in toto cumulo hæreditatis affixæ fideicommisso, nihilominus ex ratione propria legitimæ est secernenda à

8 Si omnia bona hæreditatis fuerint relicta filijs cum substitutione Matris, hæc illis non priuatur dempta legitimo debita filijs.

tali

tali cumulo, nec transit sub onere fideicommissi;

9 Etiam Mater ob non petitum tutorem priuatur tertia parte legitimæ filiorum, quæ, cæteroqui sibi debe-retur.

Hic oritur difficultas, an mater in hac hypothesi, qua alia bona titulo substitutionis fideicommissariæ in ipsam deuenerunt, non tamen in ipsã deuenit legitima filij, seu filio cõpetens intelligatur ob non petitum tutorem priuari etiã legitima illius legitimæ hoc est tertia parte illius legitimæ filij, quæ, cæteroqui ipsi deberetur, vt matri? Hæc difficultas remanet soluta ex ijs, quæ diximus *sub hoc eodem tit. de tut. & curat. t. pranot. 13. num. 22.* vbi latè probauimus, matrem non petentem tutorem filijs intra tempus iuris priuari etiam legitima in bonis eorundem filiorum, quod etiam antecedentèr firmauerant *Montanus de tut. & curat c. 18 num. 10., Baldus cons. 140. lib. 1., Maranta in repet. l. si potest num. 188. ff. de acquir. hæred.*, quia iura matrem sic delinquentem priuant quocunque iure successionis filiorum; legitima autem venit iure successionis.

---

§ XI.

An Mater ob non petitum tutorem priuetur successione, quando vnus per fideicommissum fuit substitutus pupillo, sed grauatus restituere hereditatem Matri pupilli.

SVMMARIVM.

Series disquisitionis exposita. 1.
Sententia Phylippi Cornei asserentis illam hæreditatem per substitutum restituendam Matri, esse potius hæreditatem pupilli, quam testatoris. 2.
Ac proinde Matrem ob non petitum tutorem illam amittere. 3.
Si testator dixerit, quod substitutus restituat Matri hæreditatem pupilli Mater ob non petitum tutorem illa priuatur. 4.
Si dixerit, quod restituat hæreditatem Matri pupilli Mater illa non priuatur. 5.
Si dixerit, quod restituat hæreditatem pupilli Matri, tunc videndum est, an illa particula affigatur hæreditati, an verò Matri. 6.
Cur Mater substituta filijs impuberibus dicatur succedere testatori, & substitutus ille grauatus restituere Matri non dicatur eidem testatori succedere, sed filijs. 7.
Substitutio duplex altera directa, altera obliqua. 8.

1 Explicatur sensus, secũdum quẽ procedit titulus.

Disquisitio XI. Titius maritus Semproniæ, & Pater Casimiri pupilli ex eadem Sempronia geniti condito suo vltimo testamento hæredem sibi vocauit eundem Casimirum filium pupillum, cui substituit Franciscum, quem tamen grauauit ad restituendam hæreditatem Semproniæ matri Casimiri pupilli. Eadem Sempronia mortuo Titio marito nec assumpsit tutelam Casimiri pupilli, nec intra tempora à iure præfinita eidem petijt tutorem dari. Cum autem diximus Matrem ob non petitum tutorem priuari successione filiorum suorum impuberum, orta hic fuit controuersia, an Mater in præsenti hypothesi ob non petitum tutorem illa hæreditate priuetur, quæ debet eidem restitui per substitutum pupilli?

2 Sententia asserens illam hereditatẽ per substitutum restituendam matri esse potius pupilli, quam testatoris.

3 Ac proinde matrem, si tutorem non petierit, illã amittere.

Vniuersa hæc difficultas consistat in inuestigando, an illa hæreditas restituẽda per substitutum matri sit potius hæreditas pupilli, quam testatoris, an è contra potius testatoris, quam pupilli. Circa quam difficultatem *Philippus Corneus in l. sciant col. 2. C. de legit. hæred., & in l. omnem circa fin. C. ad Senat. Consult. Tertul., Silua nuptialis 2. part. limit. 14.* sentiunt dicendam esse potius hæreditatem pupilli, quam testatoris, ac proindè matrem, ob non petitum tutorem priuandam esse eadem ad terminos *l. 2. §. si mater ff. ad Tertul., & in §. sed quemadmodum Instit. eod. tit., & l. matris, & l. cum à matre C. qui pet. tut.*

4 Si testator dixerit, quod substitutus restituat matri hæreditatem pupilli, mater, ob non petitum tutorem illa priuatur.

5 Si dixerit, quod restituat hæreditatem matri pupilli tunc mater illam non amittit.

Meo videri in hoc attentè ponderanda sunt verba testatoris, quæ ex interpositione gignere possunt diuersum sensum, & effectum; vel etenim dictum est, quod substitutus restituat matri hæreditatem pupilli, vel quod restituat hæreditatem matri pupilli, vel restituat hæreditatem pupilli matri. Iuxta primum sensum videtur, quod ex mente testatoris illa hæreditas prius facta sit pupilli, & ministerio substituti sit restituenda eius matri, & in hoc sensu videtur rectè procedere sententia *Phylippi Cornei, & Siluæ nuptialis* supra recensita, & quod verè mater eadem priuetur, cum sit hereditas pupilli. Iuxta secundum sensum videtur, quod potius sit hæreditas testatoris, eo quod ab eodem in Matrem mortuo filio descendat iuxta terminos præcedentis disquisitionis; nam sicuti, quando pater per fideicommissum substituit filio eandem matrem, hæreditas intelligitur ab eodem patre in matrem descendere, ita quando pater filio aliũ substituit, quem grauauit ad restituendam hæreditatem matri, intelligitur etiam implicitè constituisse, seu substituisse fideicommissariè

ma-

matrem eidem pupillo, adeoq; &c. Iuxta tertium sensum dubium maximè versatur, dum dicitur, quod restituat hæreditatem pupilli matri, in explicando an illa particula *pupilli*, intelligatur affixa ad illam particulam, *hæreditatem*, adeout idem sonet, *ac restituat pupilli hæreditatem Matri*, & sic habenda erit, vt hæreditas pupilli, qua propterea mater priuabitur iuxta terminos primi sensus explicati, an vero intelligatur affixa ad illam particulam *Matri*, adeout idem sonet, *ac restituat hæreditatem Matri pupilli*, & sic iuxta terminos secundi sensus habenda erit, vt hæreditas testatoris, qua propterea mater non priuabitur.

6
Si dixerit, quod restituit hęreditatem pupilli matri tunc dubium versatur, & quomodo.

Et quidem, quod ita res se habeat sistendo in primo sensu exposito facilè ex eo euincitur, quod hæreditas proprie intelligatur pupilli, & substitutus grauatus ad restituendum matri intelligitur tantum tanquam medium destinatum ad conferendam illam hæreditatem, quę erat pupilli in matrem, non enim substitutus grauatus ad restituendum matri potest proprie dici hæres, & sic mater ipsa, si non petierit tutorem, illa priuabitur ad terminos *d. l. 2. §. si mater ff. ad Tertul.*; procedendo deinde iuxta secundum sensum videtur, quod illa hæreditas immediatè descendat a testatore in matrem, & sic eadem mater non priuatur, si tutorem filijs non petierit; quod idem seruata proportione iuxta distinctionem positam sentiendum est iuxta tertium sensum.

7
Cur mater substituta filijs dicatur succedere testatori, non autem dicatur eidē succedere, quando accipit a substituto grauato eidem restituere.

Sed difficultas est in explicando, cur, quando maritus institutis filijs impuberibus hęredibus fideicommissarie eisdem substituit matrem, intelligatur hæreditas a testatore deuenire in matrem; quãdo verò testator instituit filios suos impuberes, & eisdem alium substituit ipsum grauando ad restituendam hæreditatem matri, non intelligatur absolutè, & simpliciter in ipsam matrem a testatore prouenire, sed potius iuxta mentem Philippi Cornei prius illam hæreditatem fieri pupillorum, & postea media persona substituti transire in matrem; si etenim, quando mater est substituta filijs, intelligitur hæreditas in ipsam prouenire a patre, cur, quando alius est substitutus filijs, in ipsum substitutum non transit a patre, & per ipsum substitutum in matrem? & sic, cur, si in primo casu, quo mater est substituta filijs per patrem non priuatur illa hæreditate, si tutorem non petierit, erit priuanda in secundo, in quo alius est substitutus cum onere matri restituendi? Pro quo

Aduertendum est, substitutionem principalitèr duplicem esse, alteram directã, obliquam alteram. Prima est, per quam substitutus directè, immediatè, & sine alterius ministerio vocatur ad hæreditatem testatoris. Secunda est, per quam substitutus capit hæreditatem ex manu alterius, & sic via obliqua, & per interpositam personam hæreditas defertur eidem. Sed quamuis hæc distinctio verum habeat, non videtur tamen euacuare præsentem difficultatem; siuè enim hæreditas directè, & sine alterius ministerio accipiatur, siue obliquè, & per interpositã personam, semper intelligitur esse hæreditas testatoris, sicque mater nunquam eadem videtur priuanda ob non petitum tutorem intra tempora à iure præfinita. Quamobrem pro nunc dicerem, quod in præsenti hypothesi supponatur, quod ille, qui grauatus est hæreditatem matri restituere, sit expresse substitutus eidem pupillo, adeoq; quod à pupillo ad matrem transferat illam hæreditatem. In his non immoror, nec vim facio, quandoquidem alibi erit de istis sermo vberrimus.

8
Substitutio duplex altera directa, altera obliqua.

---

§. XII.

An mater, post mortem mariti, ingressa Monasterium, priuetur iure successionis filiorum, si tutorem eisdem non petierit.

S V M M A R I V M.

Exponitur titulus in suis terminis particularibus. 1.
Considerationes circa titulum. 2.
Si ingressa fuerit Monasterium elapso anno ad petendum tutorem, eoq; non petito, priuatur hæreditate filiorum, si in impubertate decesserint. 3.
Si durante anno ad petendum tutorem ingressa fuerit in Monasterium, nec intra annum petierit tutorem, priuatur iure ad successionem filiorum. 4.

1
Expositio tituli.

DIsquisitio XII. Mortuó Caio marito Calidoniæ relictis ex eadem filijs impuberibus eadem Calidonia non curauit tutelam eorundem assumere, sed alio ducta consilio in Monasterium perfectiorem vitam trãsactura se recepit, nec etiam tutorem eisdem filijs perijt. Orta hic fuit controuersia, an, ob non petitum tutorem, intelligatur priuata iure successionis ad bona filiorum, si in impubertate decesserint?

Considerandum hic venit, an mater

se

2 Considerabilia circa titulum.

se receperit in Monasterium post annum à iure præfinitum ad petẽdum tutorem, an vero durante eodem anno habili ad huiusmodi petitionem; ex hac etenim diuersa consideratione diuersa iura, diuersæque rationes decidendi possunt pullulare.

3 Si ingressa fuerit in Monasterium elapso anno ad petendũ tutorem, priuatur hæreditate.

Respondeo primo. Si ingressa fuerit in Monasterium elapso iam anno à iure concesso ad petitionem tutoris, certum est, priuari iure ad successionem bonorũ filiorum impuberum, si in impubertate decesserint. Consentiunt *Baldus in c. ex parte 2. col.2.de appell., & ibi Præpositus, Silua nuptialis lib.2. in 6. ampliatione, Antonius Gabriel commun. opin. lib.6. concl. 1. de tutel. n.19., & 72., Ioannes Gutierez. de tut., & curat.part.1.c.16.n.67. vers. vigesimo ampliatur.* Ratio deducitur, quia ex eo, quod mater permansit in sæculo per annum ab obitu mariti, nec tutorem filijs impuberibus petijt, iam incidit in pœnas constitutionis, nec intelligitur purgare moram ex eo, quod postea in Monasterium ingrediatur, ergo non est, quod per talem ingressum eximatur à pœna, in quam iam incidit ante ingressum, ob non adimplementum oneris, ad quod tenebatur sub tali pœna. Confirmatur, quia elapso anno a iure præscripto, & non petito tutore iam delictum intelligitur perfectè consummatum, ergo non est, cur non debeat immediatè subsequi pœna priuationis, adeo vt DD. non infimi nominis doceant, quod mater elapso anno non possit purgare moram, ad effectum talem pœnam purgandi, vt signantèr, & in specie docent *Salicetus in d.l. sciant col. fin. nu. 70. C. de legit. hæred., Antonius Gomez. in l. 14., Tauri num. 18. in vers. sed his non obstantibus, Marantus in repet. d.l. is potest n.234. ff. de acq.hæred., Silua nuptialis lib. 2., ampl. 7., Antonius Gabriel com. opin. lib.6. concl. 1. de tut.n.21.*; Nec obstat, si dicatur, quod hæc pœna priuationis ob non petitum tutorem non incurratur ipso iure, sed requirat Iudicis condemnationem, vt in specie docet *Ioannes Gutierez. de tut., & curat. part. 1. c. 16. nu. 133.* vndè, antequam sequatur sententia condemnatoria, possit mora purgari, & pœna vitari; Non obstat, inquam, quia, quidquid sit de hoc, quod requiratur sententia condemnatoria, ante quam hæc pœna non incurratur, de qua re alibi erit sermo, certum est, quod sententia probato delicto debeat ex necessitate ferri, quod sufficit.

Rationes pro hac responsione.

Solutiones contrariorũ.

Respondeo secundo. Si durante anno à iure præfinito ad petendum tutorem, eodemque adhuc non petito ingressa fuerit Monasterium, probabilius etiam non euitaret huiusmodi pœnam, si intra annum non peteret. Videtur hæc responsio directè contra omnes allegatos pro præcedenti responsione, qui, quamuis admittant, quod, si mater post annũ ab obitu mariti ingrediatur Monasteriũ non petito filijs tutorem, subeat hanc pœnam priuationis, non admittunt tamen, quod subeat, si ingrediatur durante anno ad petendum. Ratio ex eo deducitur, quia ingressus in Monasterium non præstat, quominus mater efficacitèr, & validè, vel per se ipsam, vel per Procuratorem possit petere, quandoquidem præcisus ingressus in Monasterium, sicuti non demit, quominus possit mater de rebus suis disponere, cum adhuc sui iuris perseueret, ita non videtur demere, quominus possit adimplere ea, quæ sui muneris sunt, ergo, si non petierit ante ingressum, tenebitur post ingressum durante anno ad petendum petere. Confirmatur: si mater ingressa in Monasterium non disposuerit de rebus suis, potest post ingressum ante emissam professionem de illis disponere in fauorem filiorum, cæteraq; efficere, quæ in eorum commodum possunt cedere, ergo etiam poterit tutorem durante tempore ad petendum petere, nec ex ingressu poterit impediri a tali petitione, non enim per simplicem ingressum fit alieni iuris, nec mortua sæculo reputatur; nec video, quo fundamento *Baldus in d. c. ex parte de appell. num. 9., & Ioannes Gutierez. de tut., & curat. part. 1. c. 16. num. 108., & 129.* contrarium doceant, nisi fortè intelligant, quando mater ingressa est, & professa durante anno ad petendum, quod tamen vix potest intelligi, cum requiratur annus probationis ante professionem.

4 Si durante anno ad petendum ingressa fuerit in Monasterium, nec intra annum petierit, priuatur hæreditate.

Rationes pro responsione.

---

§. XIII.

An, si ex pluribus filijs impuberibus alter in impubertate decesserit, mater, quæ intra tempus iuris eisdem petijt tutorem, eidem mortuo succedat exclusis cæteris fratribus.

SVMMARIVM.

Exponitur titulus in terminis particularibus. 1.
Iura pro Matre. 2.
Mater habet primum locum quoad tutelam. 3.

Vbi fœminæ non excluduntur propter masculos in concursu ascendentium cum collateralibus ascendentes præferuntur. 4.

Existentibus fratribus vtrinq; coniunctis cum filio impuberi defuncto mater vt ascendens saltem per capita cum illis succedit. 5.

Iura tutoris pro fratribus superstitibus. 6.

Onus in Matre petendi tutorem filijs impuberibus est propter filios. 7.

Bona filij impuberis defuncti in ipsum prouenerunt ex parte Patris. 8.

Stante statuto excludente fœminas propter masculos mater non succederet filio impuberi mortuo extantibus alijs filijs. 9.

Sententia asserens, succedere in legitima eidem de iure communi debita. 10.

Sententia negans exponitur, & præfertur. 11.

In terminis Statuti Mediolani mater habet solum vsumfructum illius partis, quam habitura fuisset de iure communi. 12.

An mater existentibus solum sororibus filij impuberis defuncti succedat vel sola, vel simul cum sororibus. 13.

Refertur Statutum Mediolani in c.290. 14.

Difficultates circa tale Statutum emergentes. 15.

Iuxta hoc Statutum existentibus solum sororibus filij defuncti mater cum illis admittitur ad successionem. 16.

Sententia asserens, quod iuxta dispositionem illius Statuti extante sorore cum agnato in quarto gradu mater excludatur. 17.

Congruentiæ iuxta terminos talis Statuti extante sorore cum matre excluditur ille Agnatus. 18.

Mater cum sorore succedunt per capita in tota hæreditate filij defuncti. 19.

Agnatus vsque ad septimum gradum excludit etiam matrem, quando mater simpliciter concurrit, secus quando concurrit cum sorore defuncti. 20.

Assignatur ratio, cur, quando mater sola concurrit, excludatur ab Agnato defuncti, secus, si concurrat simul cum sorore. 21.

Attento iure communi, si mater intra tempus à iure præfinitum petierit filijs tutorem vno ex eis defuncto in pupillari ætate succedit cum alijs filijs superstitibus per capita. 22.

Soluuntur rationes, quæ fuerunt adducta in fauorem fratrum superstitum. 23.

1 Casus expositus in suis terminis.

DIsquisitio XIII. Ex Caio, & Sempronia coniugibus nati sunt plures filij, quibus in impubertate manentibus Caius decessit. Sempronia mortuo marito intra annum a iure præfinitum, cum nollet tutelam assumere, petijt filijs tutorem, quo dato, & administrante alter ex filijs superstitibus ad mortem patris in impubertate occubuit. Contendebat mater ad eius successionem cum exclusione cæterorum fratrum superstitum, aduersus quam tutor nomine eorundem superstitum excipiebat, quod successio ad eosdem superstites pertineret exclusa eadem matre. Quæsitum fuit quid iuris in hac controuersia?

2 Iura pro Matre.

Deducebat pro se mater, quod, cum ipsa primum locum haberet quoad tutelam, haberet etiam primũ locum quoad successinnem arg. eorum, quæ habet *Vulpianus in l. tutela legitima ff. de legit. tut.*, *& in l. quo tutela ff. de reg. iur.*, *& in l. 1. ff. de legit. tut.*, *Menochius de arbit. Iud. lib. 2. cent. 3. cas. 150. n. 52.*, *& 55.*, *Decius cons. 6. n. 1.*, *& cons. 188. n. 1.*, &, licet eadem mater admittatur primo loco ad tutelam, quamuis à statuto excludatur à successione per textum *in auth. vt liceat Matri, & Auiæ, & in auth. Matri, & Auiæ Cod. quando mul. tut. offic.* ex hoc tamen non euincitur quin sit firmum ius immediatum ad successionem sistendo in terminis iuris communis, cum habeat ius immediatum ad tutelam, si à iure municipali ab eadem successione non excludatur.

3 Mater habet primum locũ quoad tutelam.

4 Vbi fœminæ nõ excluduntur propter masculos in concursu ascendentium cũ collateralibus præferuntur ascendentes.

Deducebat vlterius, quod, vbi ex vi statuti fœminæ non excluduntur propter masculos in concursu ascendentium cum collateralibus non existentibus descendentibus personæ defunctæ præferantur in successione ascendentes nempe pater, & mater ipsius defuncti *c. si igitur defunctus 2. nouel. 118. auth. de hæred. ab intest. ven.*, *Paulus Christinus decis. 62. per tot. vol. 4.*, *Martha de succession. leg. part. 2. per tot.*, *Gabriel Vasquez opusc. mor. tract. de test. c. 4. §. 2.* Hæc tamen procedunt tantum, quando defunctus reliquit solum ascendentes nullis relictis descendentibus, nec collateralibus vtrinque coniunctis eidem defuncto, vt mox subdam.

5 Existentibus fratribus, vtrinque coniunctis filio impuberi defuncto Mater, vt ascendẽs saltem cũ illis in capita succedat.

Deducebat vlterius, quod, quamuis existentibus collateralibus vtrinque coniunctis filio impuberi defuncto ipsa vt ascendens non succederet in solidum exclusis eisdem collateralibus, succedat tamen cum eisdem collateralibus, seu fratribus defuncti vtrinque coniunctis per capita per textum *in d. c. si igitur defunctus 2. Nouella 118. & auth. defuncto C. ad Senat. Consult. Tertul.*, *Omotim. Instit. de hæred. quæ ab intest. defert. cap. de secundo gradu siue ord. succe. fol. 227.*, *Tuschus lit. S. concl. 861. nu. 30. & seqq.*, *Paulus Christinus decis. 62. & 63. per tot. vol. 4. & ad leg. municip. tit. 16. art. 6.*, *Peregrin. decis. 77.*, *Martha de succes. leg. part. 2. q. 1. art. 1. & 2. per tot.*, sicque saltem debeat succedere per capita cum fratribus in ea parte, quæ contingeret fratrem, & respectiuè

tiuè filium impuberem defunctum.

Excipiebat ex aduerso tutor pro fratribus superstitibus, quod onus in Ma-

6 *Iure tutoris pro fratribus superstitibus.*

tre, cæterisque in gradu proximioribus petendi tutorem inductum sit propter filios, vt scilicet ipsis successio deferatur per textum *in auth. de nuptijs §. quoniam, & §. si verò expectet in princip.* vnde *Aretin. cons. 4. num. 4.* asserit, quod vno dumtaxat extante pupillo, nullisque alijs liberis, qui ab intestato succedere valeant, Mater non petens tutorem non priuetur illius successione, ergo, quia supponitur, quod alij superstites succedere habeant ab intestato ipsi defuncto; si enim iuxta

7 *Onus in Matre petendi filijs tutorem est propter filios.*

eiusdem Aretini mentem, quando vnus tantum adest pupillus, de cuius successione agitur, mater non petens illi tutorem non priuatur illius successione, quia alius non est, qui possit ab intestatio illi succedere, & priuatur, si non petat, quando extant alij fratres, qui possint ab intestato succedere, vtique supponit, quod alij superstites debeant defuncto succedere, non ipsa mater.

Addebat, quod, cum illa bona obuenerint filio impuberi defuncto ex parte

8 *Bona filij defuncti in ipsum prouenerunt ex parte patris.*

patris, potius intelligenda sint accrescere alijs fratribus superstitibus, quam matri ea proportionali ratione, qua bona dotalia, quæ prouenerunt ex parte matris in filios, defuncto altero ex filijs quoad portionem competentem defuncto accrescunt cæterijs filijs superstitibus, non Patri. Quid iam in hac controuersia concludendum.

Respondeo primo. Stante statuto excludente fæminas propter masculos ma-

9 *Extante statuto excludēte fæminas propter masculos mater non succederet filio præmortuo extantibus alijs filijs.*

ter in præsenti hypothesi non succederet filio impuberi præmortuo existentibus alijs filijs. Hoc videtur plane deduci ex tali dispositione municipali, secundum quam masculi ex eadem agnatione præferuntur cuicunque fæminæ. Hoc clarè deducitur ex Statuto Mediolani *in c. 302. Incip. nulla mulier ascendens*, quod potissimum locum habet stante statuto excludente mulieres ascendentes à bonis paternis, nam tunc excluderentur etiam ab hæreditate adita per filium bonorum paternorum, qui postea decessit, prout notant *Plotas cons. 32. nu. 14., Carpanus ad Statut. Mediol. in d. c. 302. num. 9.*

Sed, an in hac hypothesi Mater exclu-

10 *Sententia asserens Matrem succedere eidem filio in legitima.*

datur etiam à legitima ei de iure communi debita in bonis descendentis præmortui? Negant *Baldus cons. 452. nu. 3. & cons. 453. num. 3. vol. 1., Alexander cons. 3. num. 9. & 10. vol. 7., Cephalus cons. 278. nu. 37. vol. 2.* ea forte moti ratione, quod in omni dispositione non censeatur comprehensa legitima, nisi hoc in specie sit expressum. Affirmant tamen in termi-

11 *Sententia negans exponitur, & præfertur.*

nis allegati statuti Mediolanensis in d. c. 302. *Aretinus cons. 103. cum alijs allegatis per Brunum in tract. super constit. in verb. Mater vers. stante statuto, quod Mater, Alexander cons. 3. num. 8. & 9. cons. 168. nu. 3. & seqq. vol. 7., Ruinus cons. 51. num. 21. vol. 3.;*

12 *In terminis statuti Mediolani Mater solum habet vsumfructum illorum bonorum, quæ habuisset de iure cōmuni.*

na. 2, licet prima sententia subsisteret, quando nihil matri esset dispositum, fallit tamen in terminis huius statuti, secundum quod Matri est relictus vsusfructus illius partis, quam habitura fuisset de iure communi; atque hanc secundam opinionem valde probabilem existimo.

Sed quid erit sentiendum, si defuncto filio impuberi solum supersint sorores eiusdem, an tunc Mater eidem præde functo filio succedet exclusis sororibus? Cum textus iuris municipalis *in d. c. 302.* loquatur in his terminis præcisè. *Nulla*

13 *An Mater extantibus solummodo sororibus filij impuberis defuncti succedat, & quomodo.*

mulier succedat descendenti ab intestato decedenti existentibus agnatis masculis vsque ad septimum gradum inclusiuè, videtur iuxta eiusdem dispositionem, quod, quamuis prædefuncti filij in pupillari ætate non existerent fratres, sed tantum sorores, dummodo tamen existant agnati intra septimum gradum Mater ab istis excludatur, cum expresè hoc sonent verba statuti. Sed, quia in præcedenti Statuto *in c. 290.* expresse sic disponitur. *Saluo,*

14 *Refertur Statutum Mediolani in c. 290.*

quod, si defunctus, vel defuncta habuerit sororem, soror succedat secundum dispositionem iuris communis cum eo, vel ea, cum quo, vel qua admitteretur de iure communi exceptis casibus comprehensis in statuto incipiente decedente fratre &c., & hoc nisi agnatus cum defuncto, vel defuncta sit in quarto grada vel infra quartum gradum computando, vt supra, & vbi agnatus fuerit in quarto, vel infra quartum gradum præscribitur modus, quo cum sorore, vel sororibus deberet succedere; oriuntur hinc plures difficultates., & primo, an illa particula

15 *Difficultates circa tale statutum emergentes.*

cum ea, dum dicitur, quod soror secundum dispositionem iuris communis succedat cum eo, vel *cum ea* referatur ad Matrem, an ad aliquam aliam personam; secundo ex suppositione, quod referatur ad Matrem, an existente Matre cū sorore defuncti excludantur agnatus, seu agnati vltra primum gradum, an verò nō excludātur; tertio ex suppositione, quod excludātur quomodo, & in qua quantitate Mater sit admittenda? quarto ex suppositione, quod per ly, *cum ea*, mater importetur, quomodo hoc cohæreat cum dispositione Statuti *in c. 302.* vbi agnatus excludit Matrem.

Ad primum existimo illam particulam propriè referri ad matrem, prout notat *Carpanus ad d. c. 290. num. 14. vers.*

 vel

vel cum ea; nec incongrua ratione hoc

16 Existentibus solum sororibus filij impuberis præmortui Mater cum illis admittitur ad successionem.

decernitur, nam iuxta dispositionem iuris cómunis, si defunctus reliquit ascendentes, & collaterales simul, tunc fratres, & sorores vtrinque coniuncti succedunt defuncto cum eius Patre, & Matre per capita nulla facta differentia sexus masculini, & fæminei per textum *in c. si igitur defunctus 2. Nouella 118. & auth. defuncto C. ad Senat. Consult. Tertul., Martha de succes. leg. part. 2. q. 1. art. 1. & 2. per totum*, vnde, cum in prædicto statuto dicatur, quod soror succedat secundum dispositionem iuris communis cum ea, cum qua admitteretur de iure communi, vtique debet intelligi de matre, cum qua de iure communi deberet succedere in hæreditate fratris defuncti; Hoe expresè docet *Carpanus loc. cit.*, qui etiam dicit, quod illa particula *cum eo* debeat intelligi de ascendente materno masculo, vel filio sororis, cum non possit intelligi de ascendente ex linea paterna, vel filio fratris, nam illi excludunt sororem ex dispositione alterius statuti *in c. 288.*

Ad secundum noto, quod maximam ingerat difficultatem *d. Statutum* 290., nam in primis hoc dicit, quod, si defunctus, vel defuncta habuerit sororem, soror succedat secundum dispositionem

17 Sententia asserens, quod iuxta dispositionem illius statuti exstante sorore cum agnato in quarto gradu mater excludatur.

iuris communis cum eo, vel ea, cum quo, vel qua admitteretur de iure communi; deinde excipiendo dicit ea, quæ primo loco dicta sunt, intelligi, nisi agnatus cum defuncto, vel defuncta sit in quarto gradu, vel infra quartum gradũ inclusiuè; in quo casu, cum dicat, quod prædictus agnatus existens in quarto, vel infra quartum gradum admittatur cum eadem sorore, iuxta modum quem præscribit in sequentibus verbis idem statutum, nec vllam penitus faciat mentionem de Matre, videtur deduci, quod existente sorore cum agnato in quarto gradu mater simpliciter excludatur, & admittatur solummodo eadem mater cum sorore, quando non adest cognatus vel in quarto, vel infrà quartum gradum, quod etiam clarius elucet ex eo, quod distribuens hæreditatem defuncti, vel defunctæ concurrente agnato in quarto gradu cum sorore, vel sororibus eiusdem defuncti, vel defunctæ asserit, quod, si vna tantum fuerit soror ipsa habeat medietatem hæreditatis, & alteram habeat prædictus agnatus; si verò fuerint plures sorores, tunc ipsæ admittantur ad duas partes ex tribus, & agnatus solum ad reliquam tertiam, nec ibi aliqua pars assignatur Matri, quod satis indicat ipsam in eo casu excludi.

Ex alia parte, cum ibi dicatur, nempe *in d. statuto* 290., quod, si defunctus, vel defuncta habuerit sororem, hæc secundum dispositionem iuris communis succedat cum ea, nempe cum Matre, cum qua admitteretur de iure communi, vtique videtur euinci, quod in hac hypothesi concursus Matris cum sorore excludatur agnatus, quandoquidem secundum dispositionem iuris communis mater cum sorore admittitur cum exclusione etiam agnatorum. Facit etiam plurimum ad hoc, quod in secunda clausula exceptiua dicti statuti Ibi- *Nisi agnatus cum defuncto, vel defuncta sit in quarto, vel infra quartum gradum inclusiuè &c.* fit

18 Congruẽtius iuxta terminos illius statuti exstante sorore cum Matre excluditur ille agnatus.

comparatio solummodo, & distributio inter sororem, & agnatum in tali gradu existentem, nullo modo comparatio inter eosdem, & Matrem; vnde casus concursus sororis, matris, & agnati habetur, vt omissus, qui propterea debet reduci ad dispositionem iuris communis, secundũ quam mater, & soror excludunt agnatũ vltra primum gradum. Propter has, & similes considerationes *Carpanus ad d. statutũ 302. num. 30. vers. exstat pariter hæc dispositio* concludit ex vi dispositionis statuti *in d. c. 290. Incip. in collateralis successione*, quod tunc soror admittatur cum Matre excluso in totum agnato, quod probabilius existimo; nec obstant, quæ ex aduerso considerabantur ex secunda clausula exceptiua *d. c. 290. Nisi agnatus cum defuncto, vel defuncta*, nempe, quod concurrente agnato in tali gradu cum sorore nulla fiat mentio de matre, nec distributio quoad illam, & propterea, quod censeatur exclusa; Non obstant, inquam, quia

Rationes pro hac explicatione.

ibi solummodo fit exceptio eorum, quæ in præcedenti clausula fuerant dicta nempe, quod agnatus masculus vsque ad septimum gradum inclusiuè secundum iura ciuilia computandum excludat omnes mulieres, vnde in hac exceptione relatiuè ad ibi dicta dicitur, quod, si fuerit soror defuncti, quæ concurrat cum agnato, tunc hic solummodo admittatur cum illa, si fuerit in quarto, vel infra quartum gradum, nec hæc exceptio in aliquo minimo tangit illam clausulam, quod, si fuerit soror cum Matre, vtraque admittatur secundum dispositionem iuris communis ad hæreditatem defuncti, vel defunctæ.

19 Mater, & soror succedunt per capita in tota hæreditate filij defuncti.

Ad tertium dicendum est, Matrem cum sorore succedere per capita in tota hæreditate defuncti, vel defunctæ, quandoquidem admittuntur ad dictam hæreditatem iuxta dispositionem iuris communis, secundum quam per capita vocantur per ea, quæ in præcedentibus commendauimus per textum *in c. si igi-*

tur

tur defunctus 2. *Nouella* 118., *& habetur in auth. de hæredit. quæ ab intest.* §. *si sit verf. si verò ascendens*, *& in auth. defuncto C. ad Tertul. & in auth. vt fratrum filij* §.1.

20 Ad quartum dicendum est, quod agnatus vsque ad septimum gradum excludat quidem omnes mulieres, adeoque etiam Matrem, quando simplicitèr concurrit, & per se solam, secus autem existente, vel existentibus in medio sorore, vel sororibus defuncti, vel defunctæ, prout exceptiuè disponitur *in d. Statuto* 290., quod etiam in simili cauetur *in l.* 2. §. *sed si consanguinea ff. ad Tertul.*, vbi Mater exclusa à successione filij propter Patrem adoptatum admittitur tamen simul cum sorore consanguinei defuncti, quæ tamen adoptatum excludit. Si autem quæratur, cur Mater secundum se excludatur ab agnato vsque ad septimum gradum, non autem ab eodem excludatur, si ipsa Mater concurrat simul cum sorore defuncti, vel defunctæ?

(Agnatus vsque ad septimũ gradum excludit omnes mulieres, & etiam Matrem, quando simplicitèr Matèr concurrit, secus concurrente etiam sorore defuncti.)

21 Dicam hoc prouenire, quia, quandoque ex dispositione iuris quis consequitur beneficium propter tertiam personam, quod ex sua persona non habet *Aretinus in §. præfertur num.*2. *Instit. ad Tertul.*, *Parisius conf.*47. *num.*74. *& seqq. vol.*1., *Bartolus in l. qui habebat q.*2.*n.*4.*ff. de bon. pos. contra tab.*, *Baldus in l. illum num.* 4. *C. de collat.*; prout dispositum est in præsenti hypothesi, nec æquum est, vt iura admittant cum sorore agnatum collateralem reiecta Matre.

(Assignatur ratio, cur, quando mater sola concurrit excludatur ab agnato nõ sic, quando concurrit cum sorore.)

22 Respondeo secundo. Attento præcisè iure communi mortuo vno ex filijs in pupillari ætate, si mater intra tempus iuris tutorem eisdem petierit, succedit cum cæteris filijs superstitibus in hæreditate defuncti per capita *Oinotimus instit. de hæred., quæ ab intest. defer.*, *c. de* 2. *gradu, seu ordine succed.*, *Paulus Christinus decis.*62, *&* 63. *per tot. vol.*4., *& ad leg. municip. tit.* 16. *art.*6. alijque allegati pro prima opinione in principio præsentis disquisitionis. Hoc idem euincunt iura ibid. allegata.

(Attento iure com muni ma ter succedit per capita filio defuncto, cum cæteris eius fratribus.)

Rationes, quæ ex aduerso afferebantur, nihil penitus euincunt, nam circa illud, quod dicebatur primo loco, quod scilicet vno tantum existente pupillo mater illius non priuatur hæreditate, si eidem tutorem non petierit, hoc absolutè verum non est per ea, quæ docui *sub hoc eod. tit. de tut., & curat. t. prauor.* 13. *n.*85. Deindè, quidquid sit de hoc, dato etiam, quod requiratur, vt plures existent filij, vt mater non petens tutorem illorum, seu alicuius ex eis, priuetur hæreditate, non propterea sequitur, quod superstites debeant acquirere hæreditatem cum exclusione matris, si illa petierit, sed quod illi debeant in hæreditate defuncti succedere simul cum matre, iuxta dispositionem iuris communis, & onus in matre petendi tutorem filijs respicit quidem eorundem filiorum fauorem, ne eorum bona disperdantur, sed non excludit matrem, immo petitio firmat etiam ius, quod habet mater, vt simul cum illis succedat.

(23 Soluuntur rationes, quę fuerunt adductæ in fauorem fratrum superstitũ.)

Ad illud, quod subditur secundo loco, nempè, quod bona illa filij impuberis defuncti prouenerint ex parte patris, & propterea in solidum accrescant cæteris filijs superstitibus exclusa matre ea proportionali ratione, qua bona dotalia, quæ prouenerunt à matre in filios, si alter eorum defecerit, accrescant cæteris superstitibus, non patri; respondēdum est incongruè dici, quod portio bonorum dotalium matris, quæ obuenit vni ex filijs, qui defunctus est, accrescat fratribus cum exclusione patris, enim potius cedat patri, vt alibi examinabimus.

§. XIV.

An pœna priuationis hæreditatis ob non petitum tutorem incurratur ipso facto, an vero requirat sententiam Iudicis.

SVMMARIVM.

Exponitur series disquisitionis. 1.
Sententia afferens, matrem non priuari ante sententiam, & condemnationem. 2.
Sententia afferens ipso facto priuari. 3.
Prima sententia probabilis est, sed secunda probabilior. 4.
Soluuntur rationes contrariæ sententiæ. 5.
Quandoque tamen requiritur declaratio delicti. 6.

Disquisitio XIV. Mortuo patre, nullóque filijs impuberibus relicto tutore testamentario, mater, cui primo loco incumbebat ex electione tutelam assumere, vel tutorem petere, neglexit verum que hoc munus, nec intra annum à iure præscriptum petijt filijs tutorem dari. Elapso illo anno, nullaque superindè secuta sententia condemnatoria, mortuus est pupillus, seu pupilli, & hic dubitatum est, an ipso iure mater intelligeretur priuata hæreditate filiorum, qui decesserunt in impubertate, an vero eadem ob non secutam sententiam posset iustè gaudere? 1

(Factum exponitur in suis terminis.)

Pro-

Proponit hanc difficultatem *Ioannes Gutierez de tut., & curatorib. part.1. c.16. nu. 133.*, vbi cum *Molina Theologo part. 1. tract. 2. disp.* 220. concludit in foro conscientiæ, matrem ob non adimpletum hoc munus non priuari ante sententiam, & ante condemnationem, ac proinde hanc pœnam ipso iure non incurri. Rationem pro hac sententia desumit ex eo, quod denegari non potest, quin huiusmodi leges sic priuantes sint pœnales, cum inducant talem priuationem ob delictū *l. 2. §. si mater per totum ff. ad Tertul., & l. omnem. C. eod., & l. sciant C. de legit. hæred.*, leges autem pœnales non obligant in conscientia ante condemnationem *Glosa in c. fraternitas 12. q. 2.*, quod adeo verum existimat, vt sentiat ante condemnationem non obligare quantumuis in lege priuante dictum fuerit *ipso iure*.

2 Sententia asserens matrem, non priuari successione ante sententiam, & condemnationem.

Alij ex aduerso adstruunt, hanc pœnam ipso iure commisso delicto non petitionis incurri, quia non consistit in amittendo possesso, sed in non acquirendo, & sic potius in negatiuo, quam in positiuo, seu, quod ad sui executionem exigat aliquam actionem positiuam, vnde in hoc videtur locum habere communis Theologorum sententia, quod in eis pœnis, in quibus ad earum executionem non requiritur aliqua actio positiua, non sit necessaria sententia, qualis est hæc pœna, quæ, cum consistat in negatione, nullam positiuam exigit actionem ad differentiam eorum, quæ consistunt in mulctatione corporis, & in priuatione possessorum. Quid iam in hac controuersia concludendum?

3 Sententia asserens ipso facto priuari, & eius rationes.

Quamuis valdè sit probabile, quod mater ob non petitum tutorem intra tempus iuris non teneatur hac pœna priuationis ante sententiam, prout docent in similibus *Gratianus discept. for. c. 52. per totum, Peregrinus de iure fisc. lib. 4. tit. vlt. n. 30., & lib. 6. tit. 8. nu. 35., Salunius de iust., & iur. controu. 11. nu. 12., Azorius instit. mor. lib. 5. c. 7., Aluarez de Velasco tract. de iud. perf. sub annot. 12. §. 3. per tot., Baldellus Theol. mor. tum. 1. lib. 5. disp. 44. per tot., Sanfelic. decis. 220.* ex generali regula, quod pœnæ delictorum non debentur in foro conscientiæ, sed salua eadem non sit onus eaidem exequendi ante sententiam, & pœna licet sit imposita ipso iure ad executionem tamen eiusdem debet præcedere sententia Iudicis declaratoria facti, super quo ius disponit *Gabal. resol. crimin. cas. 133., Gratianus discept. for. c. 809. n. 13., Menochius de arbitrar. cas. 220. n. 7., Magonius decis. Flor. 10. nu. 59. Iasius decis. 16. nu. 10., & seqq. per totum, Diana part. 1. tract. 10. resol. 23.*

4 Prima sententia probabilis est, sed secunda probabilior.

Nihilominus probabilius arbitror maiorem vim habere contrariam sententiam non solum propter argumentum ad eius probationem superius adductum, quod scilicet hæc pœna consistat in mera negatione in non acquirendo, quod nullam exigit actionem positiuam, sed etiam, quia per dispositionem iuris ciuilis mater non petens intra debitum tempus tutorem filijs suis impuberibus redditur incapax ad illorum successionem, vt in similibus docent *Sanchez de matrim. lib. 7. disp. 87. nu. 6., Ioannes Angelus Bossius de matrim. contract. c. 11. n. 266.* Propter hanc rationem *tom. 7. sub tit. Contractus XV. de matrim. 4. prænot. 3.*, docui, quod mater præpropere transiens ad secundas nuptias ipso iure absq; alia sententia priuetur omnibus sibi relictis à priori marito.

Rationes pro hac secunda opinione

Nec ea, quæ per aduersarios allegantur, vim aliquam inferre possunt, quandoquidem ea tantum procedere possunt quoad pœnas, quæ ad sui executionem exigunt aliquam actionem actiuam, & positiuam, quam nemo tenetur contra se ipsum exequi.

5 Soluuntur rationes contrariæ sententiæ.

Non negauerim tamen, quandoque requiri sententiam Iudicis declaratoriam facti, super quo ius disponit, sed hæc non confert pœnam, sed declarat delictum, ad quod consequitur immediatè pœna; & talis declaratio eius naturæ est, vt non faciat tunc, quando ipsa est posita, incipere pœnam, sed pœna ipsa intelligitur extitisse à tempore non positæ petitionis, cum declaratio nihil ponat de nouo, sed quod positum est, manifestat.

6 Quandoque tamē requiritur declaratio delicti.

---

§. XV.

An, si mater ante contractas secundas nuptias petierit quidem cum effectu tutorem, non tamen reddiderit rationem, nec reliquatum restituerit, priuetur successione.

SVMMARIVM.

Proponitur status difficultatis. 1.

Etiamsi mater tutorem petierit ante contractas secundas nuptias, si tamen rationes non reddiderit, nec reliquatum restituerit, priuatur hæreditate filiorum. 2.

Intellige, nisi cautionem fideiussoriam præstiterit de reddendis rationibus, & reliquatu restituendo. 3.

Intellige etiam, nisi mater certò, & euidenter

tèr non esset debitrix ex tutela administrata. 4.

1 Expositio casus in suis terminis.

DIsquisitio XV. Supponimus, quod mortuo marito vxor einsdem susceperit tutelam filiorum suorum impuberum, & quod deindè intendens secundas nuptias contrahere petierit à Iudice tutorem filijs assignari, & deindè secundo nupserit non redditis tamen rationibus administrationis, nec restituto reliquatu, & sic inquirimus, an ob hanc causam non redditionis rationum, & non restitutionis reliquatus amittat, seu amiserit ius ad successionem?

2 Etiam si mater tutorem petierit, si tamen rationes nō reddiderit, nec reliquatū restituerit, priuatur filiorum hæreditate.

Respondeo, etiam in hoc casu petiti tutoris, non tamen redditæ rationis, nec restituti reliquatus matrem amittere ius ad successionem filiorum suorum *Baldus cons. 86. lib. 6., & conf. 61 lib. 4., & in l. penult. C. in quib. caus., Castrensis cons. 154. nu. 2. vol. 2., Garon. in auth. ex Sacramentis n. 27. C. de secundis nupt., Peregrinus de iure fisci lib. 3. tit. 16. nu. 1. vers., & notandum, Merlinus de legitima lib. 4. tit. 2. q. 4. num. 8., & 9* Ratio ex eo deducitur, quia *in d. l. omnem, & ibi communitèr scribentes C. ad Senatus Consult. Tertul.* copulatiuè requiritur, quod rationes reddat administratæ tutelæ, reliquatum restituat, & alium tutorem idoneum dari curet, antequam ad secundas nuptias transeat, ergo, si petito tutore, eoque dato ad secunda vota conuolarit non redditis rationibus tutelæ administratæ, nec restituto reliquatu non eximetur à pæna priuationis; vndè *Baldus loc. cit.* grauitèr reprehendit eas matres, quæ inconsulto in hoc procedunt arbitrantes sufficere ad euitandam pænam priuationis petitionem tutoris.

Rationes pro responsione.

3 Intellige nisi præstiterit cautionem de rationibus reddendis, & restituendo reliquatu.

Limitanda tamen videtur hæc responsio in hypothesi, qua mater petito tutore conuolasset ad secunda vota, præstita tamen prius cautione fideiussoria de rationibus reddendis, & de restituendo reliquatu, quia illa cautio fideiussoria habet quoquo modo vim restitutionis, & rationis redditæ, cum per illam cauti reddautur pupilli de eorum, seu propria indemnitate, nec ex illa dilatione in reddendis rationibus administratæ tutelæ supposita fideiussione oriri possunt illa damna, quæ orirentur ex dilatione in petendo tutorem, nam ex hac pupilli remanent obnoxij periculis damnorum, à quibus eximuntur in ordine ad dilationem reddendæ rationis supposita illa fideiussione.

Limitant etiam alij in casu, quo mater re vera non esset debitrix occasione administratæ tutelæ, & hoc signantèr docet *Merlinus de legit. lib. 4. tit. 2. q. 4. n. 25.* addita etiam ratione, quia redditio rationum ad aliud non ordinatur, quam ad effectum restituendi, si in aliquo dignoscatur debitum, ergo, si in nihilo reperiatur mater debitrix administratæ tutelæ, non tenebitur rationem reddere, & non reddendo non afficietur pæna priuationis *arg. textus in l. Iulius, Paulus ff. de condit., & demonst., & l. qui libertis §. seruus, & ibi glosa ff. de cuitt.,* vbi dicitur, quod, si fuerit seruo legata libertas, si reddiderit rationes, tale legatum intelligatur purum, si constet seruum non esse debitorem alicuius reliquatus. Hanc ego limitationem libentèr admitterem, vbi certò constaret matrem de aliquo reliquatu non remanere debitricem. Cæterum, cum redditio rationis inducatur ad effectum, vt resultet, vel de debito, vel de non debito, vbi certò non constaret, quod non esset debitrix, non eximerē ipsam ab onere reddendæ rationis, & à pæna. Limitationem hanc ante eundem Merlinum admiserunt *Baldus in d. l. omnem n. 51. C. ad Senat. Consult. Tertul., Castrensis cons. 154. col. 2. num. 1. circa finem vers. potest dici relinquendo humaniorem lib. 2, Peregrinus de iure fisci lib. 3. tit. 16. num. 1. vers. amplia in fin.*

4 Intellige etiam nisi mater certo, & euidentèr non esset debitrix ex tutela administrata.

---

§. XVI.

An mater, post transitum ad secundas nuptias non petito prius tutore, possit adhuc petere, quando non est debitrix tutelæ administratæ.

SVMMARIVM.

Status disquisitionis expositus. 1.
Exponuntur varia dicta circa hoc Merlini. 2.
Mater, post transitum ad secundas nuptias, non potest tutorem petere filijs, ad effectum vitandi pænam priuationis successionis eorundem. 3.
Elapso tempore non potest moram purgere. 4.
Reijciuntur singillatim omnia dicta per Merlinum in præsenti casu. 5.

1 Factum in suis terminis explanatum.

DIsquisitio XVI. Post mortem mariti vxor eiusdem, & respectiuè mater filiorum impuberum assumpsit tutelam eorundem, quam rectè, & fidelitèr administrauit, ita vt in nihilo ex eadem remaneret debitrix. Durante filiorum impubertate non petito prius alio

tutore

tutore ad ſecunda vota conuolauit. Quæſitum fuit, an etiam poſt tranſitum ad ſecundas nuptias poſſit validè tutorem petere, & intra quodnam tempus ad effectum vitandæ pœnæ priuationis ad ſucceſſionem eorundem filiorum, ſi in impubertate deceſſerint?

2 Exponuntur varia dicta Merlini.

Proponit hanc difficultatem *Merlinus de legitima lib. 4. tit. 2. d. q. 4. num. 25. verſ. adde tamen, quod hoc caſu*, vbi plura decernit; primo, quod intra annum, a quo tranſiuit ad ſecunda vota, poſſit tutorem petere, quando non eſt debitrix, cum hęc qualitas hunc effectum operetur, vt protrahat tempus ad petendum intra annū à contractis ſecundis nuptijs; ſecundo, quod, ſi poſt contractas nuptias intra annum petierit tutorem, & poſt petitionem pupillus deceſſerit, vtique eidem ſuccederet, perinde, ac, ſi petijſſet ante cōtractas ſecundas nuptias; tertio, quod, ſi diſtulerit poſt contractas nuptias tutorē pupillo petere, & interim pupillus deceſſerit, tunc priuetur ſucceſſione, & ad hoc allegat *Caſtrenſ. conſ. 154. ante n. 2. in fin. lib. 2., et Peregr. de iure fiſc. lib. 3. tit. 16. n. 1. verſ. amplia etiam in fin.*; quarto, quod, ſi poſt annum diſtulerit, abſolutè priuetur ſucceſſione, & ad hoc *Baldū cōſ. 71. vol. 2. in fin.*

3 Mater poſt tranſitum ad ſecundas nuptias non poteſt validè tutorem petere ad effectum vitandi pœnam priuationis.

Reſpondeo, matrem poſt tranſitum ad ſecundas nuptias non poſſe validè tutorem petere ad effectum vitandi pœnam priuationis ſucceſſionis. Conſonat cum ijs, quæ docuimus *tom. 7. ſub tit. Contractus XV. de matrimon. 4. prænot. 6. num. 1.*, *& ſub hoc eodem tit. Contractus XVII. de tutor. & curat. 1. prænot. 12. num. 16.* vbi, quod mater tranſiens ad ſecunda vota ipſo iure priuetur tutela filiorum primi matrimonij, quod antea docuerant *Fontanella de pact. nupt. clauſ. 5. gloſa 8. part. 11. num. 8.*, *Speculator tit. de tut. §. nunc dicendum num. 5.*, *Garronis auth. eiſdem pœnis in nona edit. num. 26. C. de ſecundis nupt. Gloſa in l. omnem in fin. C. ad Tertul.*, *Bartolus in l. ſi quis ſub conditione num. 27. in fin. ff. de teſtam. tut.*, & ratio ex eo deducitur, quia iura commendant primo loco ſaltem arbitrariè, ſeu cum electione matri tutelam filiorum ſuorum ſub conditione, ſi non tranſeat ad ſecundas nuptias, quæ conditio, cum importet formam, irritat ipſo facto diſpoſitionem, vbi illa forma, ſeu conditio non fuerit appoſita per textum *in l. tutor datus in princip. ff. de teſtam. tut. & l. qui hæredi 44. l. Mæuius 55. ff. de condit. & demonſt.*, *Tiraquel de retract. tit. 2. §. 2. gloſ. 1. num. 3. & 4.*, *Gutierez pract. lib. 1. q. 17. num. 11.* Quibus poſitis ad rem noſtram ſic argumentor. Tutela in vxore per tranſitum eiuſdem ad ſecundas nuptias ipſo iure in eadem extinguitur, &, vbi non fuerit petitus tutor ante talem tranſitum, mater incidit immediatè in pœnas *in d. l. omnem C. ad Senat. Conſult. Tertul. & in l. 2. §. ſi mater per totum ff. eod. & in l. ſciant C. de legit. hæred. & nos probauimus ſupra §. 14.*, ergo extincto tali iure ad ſucceſſionem non dabitur amplius regreſſus ad idem per petitionem, ſi hæc fieret contractis iam ſecundis nuptijs; vnde communiter docent DD., quod, ſi mater non petierit in tempore à iure ſtatuto non poſſit amplius moram purgare *Salicetus in d. l. ſciant col. fin. num. 70. C. de legit. hæred.*, *Antonius Gomez in l. 14. Tauri num. 18. in verſ. ſed his non obſtantibus*, *Marantus in repet. l. is poteſt num. 234. ff. de acq. hæred.*, qui DD. licet procedant tantum, quando mater intra annum a iure præſcriptum non petijt tutorem, eorum tamen dictum ex paritate rationis æque extendendum videtur, quando mater tranſijt ad ſecunda vota non petito filijs impuberibus tutore, cum in vtroque caſu iura aduerſus matrem inducant priuationem iuris ad hæreditatem filiorum, prout probat *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 16. num. 134.* per textum *in d. l. omnem C. ad Tertul.*, & ibi *nu. 135.* aſſerit idem Gutierez, quod eodem ferè modo diſcurrendum eſt in ordine ad illam pœnam priuationis iuris ſuccedendi de matre tranſeunte ad ſecundas nuptias non petito tutore filijs, ac de matre, quæ intra annum a die obitus mariti eiſdem filijs non petijt tutorem.

Rationes pro hac reſponſione.

4 Elapſo tempore non poteſt moram purgare.

Adde, quod vel DD. contrariæ ſententiæ adhærentes, quando dicunt, quod mater etiam poſt contractas ſecundas nuptias poſſit etiam petere tutorem intra annum, intelligunt de anno poſt eaſdem nuptias non computato tempore præcedente ad eaſdem nuptias, vel de anno computato ab obitu mariti vſque ad tempus poſt ſecundas nuptias, quatenus eas contigerit celebrari durante tempore ad petendum, puta, ſi celebratæ fuerint poſt ſex menſes ab obitu eiuſdem mariti ad complementum eiuſdem anni, quod complementum habebitur poſt alios ſex menſes a contractis ſecundis nuptijs. Si primum dicatur, longe melior eſſet conditio matrum ſecundo nubentium, quam viduilem continentiam ſeruantium; quandoquidem ſecundo nubentes haberent tempus ante contractas nuptias, & vlterius annum poſt eaſdem; continentes verò haberent ſolummodo annum ab obitu mariti, ſicque, quod inductum eſt in odium, verteretur in fauorem; ſi ſecundum aſſeratur, tum ſupponatur, quod matres tranſierint ad ſecun-

Aliæ rationes pro eadē reſponſione.

das

das nuptias intra annum luctus, non solum ratione talis transitus præproperi incidunt in pænam priuationis successionis, siue ab intestato, siue iure substitutionis ad terminos *d.l.omnem C.ad Tertul.*, sed etiam omnibus legatis, & fideicommissis sibi a viro, & Patre pupilli relictis ad terminos *l. 1. §. omnium iuncta auth. eisdem pœnis in vers. item ea C.de secundis nupt., Socinus cons.29.num 11. vol. 1., Marantus in repet. l.is potest num. 252. ff. de acquir. hered.*, & nos etiam docuimus *tom.7.sub tit. Contractus XV. de matrim. 4. prælud.3. num. 7.*

Nec aliquam vim faciunt ea, quæ ex aduerso considerabat Merlinus relatus in principio præsentis disquisitionis, quandoquidem procedunt ex supposito,

5 Reijciuntur singillatim omnia, quę dicta sunt per Merlinū.

quod per transitum ad secunda vota non amittatur ipso iure successio, seu ius successionis, quod falsum probauimus. In particulari id, quod primo loco dicitur nempe, quod, quando non est debitrix, possit intra annum a contractis secundis nuptijs tutorem petere, & esimi a pæna, dicendum est repugnare espressæ menti legum, & legislatorum, qui, seu quæ ex secundis nuptijs potius desumunt fundamentum priuandi, quam esimendi ab onere priuationis, &, si quando non sunt contractæ secundæ nuptiæ, priuant iure successionis ex eo præcisè, quod intra annum non fuerit petitus tutor, à fortiori priuare censendæ sunt, quando contractæ sunt nuptiæ, & lapsus est annus à die obitus mariti ad diem talis petitionis.

Per transitum ad secunda vota ipso iure mater priuatur successione.

Ad illud, quod secundo loco dicitur, dicendum est gratis dici, nec vllo modo posse subsistere, cum immediatè post contractas nuptias in pænam inciderit, quæ euacuari non potest per subsequentem petitionem. Id tandem, quod dicitur vltimo loco, quamuis quoad consequens materialiter sit verum, quod scilicet mater tunc priuatur successione, incongruè tamen quoad principium, ex quo desumitur, procedit; vel supponit enim, quod, si mater non fuerit debitrix ex tutela antecedenter administrata, habeat annum post contractas nuptias ad petendum, vel supponit tantum, quod habeat annum ab obitu mariti vsque ad illum diem petitionis, quamuis inter obitum, & petitionem mediauerint secundæ nuptiæ; si supponit, quod habeat annum post contractas nuptias ad petendum, si intra illum annum, quamuis, ante petitionem contigerit mors pupilli non videtur mater priuanda successione, sicuti non esset priuanda, si intra annum ab obitu mariti, si nullæ essent secundæ nuptiæ contractæ, pupillus decederet, vt in sequenti disquisitione latius probabimus; si supponit, quod tantummodo habeat annum ab obitu mariti computato etiam tempore post nuptias secundas, & intra illum annum pupillus occubuerit, non video etiam, cur sit priuanda, cum mors contigerit intra tempus, quo perseuerat ius ad petendum, vnde, si non petierit antecedentèr, non est eidem imputandum ad culpam, & propterea nec ad talem pænam priuationis.

---

§. XVII.

An, si intra annum concessum Matri ad petendum filijs tutorem contigerit mors pupilli, ante tamen petitionem Matris, Mater intelligatur priuata iure successionis.

SVMMARIVM.

Sensus disquisitionis exponitur. 1.
Exponitur mens Merlini circa præsentem titulum. 2.
Sententia docens priuari successione. 3.
Mater perseuerante anno ad petendum non priuatur successione filiorum, si decesserint intra eundem annum. 4.

Disquisitio XVII. Iuxta præcedentèr dicta Mater, quæ nullo existente tutore testamentario primum locum saltem ex electione habet ad tutelam filiorum, habet etiam annum præfinitum à iure ad petendum tutorem, si ipsa nollet gerere. Perseuerante eodem anno contigit pupillum, de cuius tutela agebatur, decedere pro tempore tamen, quo Mater eidem nondum petierat tutorem. Controuersum hic fuit, an Mater esset admittenda ad successionem eiusdem pupilli prædefuncti, an verò excludenda ex eo, quod non petierit ante obitum eiusdem pupilli. 1 Exponitur status disquisitionis.

Hæc controuersia potissimum excitatur propter ea, quæ ex *Merlino de legitima lib.4.tit.2.q.25.vers.adde tamen*, dicebantur in præcedenti disquisitione sub tertio eius dicto, nempe, quod, si vxor, & respectiuè Mater pupilli post contractas secundas nuptias distulerit tutorem petere, & interim ipse pupillus decesserit, tunc priuetur Mater successione eiusdem pupilli, quod teste eodem *Merlino* firmauerant antea *Castrensis cons.154.num.2.in fin.lib.2., Peregrinus de iure Fisci lib. 3. tit. 16.num.1.vers.amplia etiam in fine.* Neque 2 Exponitur mens Merlini circa præsentem titulum.

præsumendum est eundem Merlinum loqui, quando dilatio in Matre ad petendum tutorem fuit vltra annum, quandoquidem ipse *Merlinus loc. cit.* distinguit duos casus; primo, quando Mater distulit post secundas nuptias petere tutorem pupillo, & interim intra annum pupillus decessit, & tunc asserit Matrem priuari successione eiusdem pupilli; secundo, quando post annum distulit petere filio tutorem, & filius decessit, & tunc asserit à fortiori priuandam. Certe ex hac casuum distinctione deduci debet, quod in primo casu loquatur intra annum, quo poterat petere, cæteroqui inaniter facta esset illa casuum distinctio; Si igitur durante tempore respectu Matris ad petendum pupillus moriatur ante petitionem Matris, eadem Mater priuatur eiusdem successione, videtur ex consequenti dicendum iuxta eiusdem Merlini, cæterorumque allegatorum placitum, quotiescunque intra annum dilata est petitio, & ante ipsa secuta est mors pupilli mater sit priuanda iure successionis.

Neque arbitrandum est, præcitatos DD. loqui solummodo, quando contractæ sunt secundæ nuptiæ, & Mater ex præcedenti administratione tutelæ non remansit debitrix; non autem, quando non fuerunt contractæ secundæ nuptiæ; Non, inquam, arbitrandum est, quia secundæ nuptiæ iuxta hanc sententiam nullo præexistente debito in Matre non minuunt illud tempus iuris; vnde, si quando nuptiæ secundæ contractæ sunt Mater priuatur successione, si pupillus decesserit ante petitionem, quamuis intra annum, non video, cur etiam non sit priuanda, quando secundæ nuptiæ contractæ non sunt, & pupillus decessit ante petitionem, licet durante anno ad petendum. His tamen non obstantibus.

3 Sententia docens priuari succesſione.

Respondeo, Matrem perseuerante anno ad petendum tutorem pupillo non priuari iure ad eius successionem, si decesserit pupillus intra eundem annum, etiam non posita petitione per Matrem *Alexander in l. si decesserit col. fin. ff. qui satisd. cog.*, vbi testatur hanc esse communem *Angelus cons. 166. si testator col. fin.*, *Baldus cons. 279. vol. 3.*, *Marantus in repetit. d. l. ss poteſt num. 23. ff. de acq. hæred.*, *Antonius Gabriel commun. opin. lib. 6. concl. 1. de tutel. num. 46.*, *Ioannes Gutierez. de tut. & curat. part. 1. c. 16. num. 79.* Ratio ex eo deducitur, quia non tenetur pœna legis, qui non peccat, nec delinquit contra eandem legem, & permittente eadem lege agit, vel non agit, sed mater non petens tutorem intra annum pupillis non agit contra dispositionem legis, sed differt eadem lege permittente, dummodo non differat vltra annum, prout expressè habetur *in d. l. sciant C. de legit. hæred.*, ergo non erit afficienda pæna legis, idest priuatione successionis, quantumuis pupillus intra illum annum ante petitionem decesserit.

4 Si filij decesserint intra annum, intra quem Mater illis tutorem petere tenebatur, mater eorū succesſione non priuatur.

Confirmatur, quia finis legis præcipientis Matri, cæterisque in gradu proximioribus petitionem tutoris pupillis intra annum eo collimat, ne vltra illud tempus pupilli remaneant indefensi, eorumque personæ, & bona obnoxia remaneant vicissitudinibus, periculis, & damnis, sed hic finis cessat, si intra annum à iure concessum ad petitionem eiusdem tutoris per Matrem, vel consanguineos faciendam pupillus ipse decedat, nec imputari potest culpæ Matri, alijsque coniunctioribus, quod antecedenter non petierint, cum nullo iure ad id obstringerentur, ergo &c.

Rationes pro responsione

Nec ea, quæ ex aduerso afferebantur aliquam vim faciunt cum nullo iure innitantur, quin potius falso procedant fundamento.

---

§. XVIII.

An, si Mater, quæ tutelam filiorum susceperat, secundo nuptura petierit tutorem, non tamen rationem reddiderit, non solum amittat ius ad successionem, sed etiam subdat hypothecæ sua bona dotalia, donec reddiderit.

SVMMARIVM.

Exponitur sensus tituli propositi. 1.
Dubia emergentia circa titulum. 2.
Aliud est ius hypothecæ in bonis dotalibus, aliud ius detentionis. 3.
Differentia inter detentionem, & compensationem. 4.
Matre transeunte ad secundas nuptias non reddita ratione administrationis tutelæ eius bona dotalia remanent hypothecata, donec fuerit reddita ratio. 5.
Hypotheca in bonis tutorū incipit immediatè à tempore, quo ceperint administrare. 6.
Idem intellige de obligatione personali. 7.
Filys prioris matrimony probabilius non competit retentio bonorum dotalium maternorum, donec fuerit reddita ratio, & restitutus reliquatus. 8.

DIsquisitio XVIII. Mortuo Caio marito, nulloque relicto filijs suis tu-

tutore testamentario Calidonia eius vxor eorundem filiorum tutelam suscepit. Postea, cum statuisset ad secundas nuptias conuolare, coram Iudice petijt eisdem filijs tutorem dari, prout in effectu datus est, sed ante contractas easdem secundas nuptias, nec rationem reddidit administratæ tutelæ, nec reliquatum restituit. Iuxta dicta in præcedentibus ob non redditam rationem, & non restitutum reliquatum subiacet pœnæ priuationis iuris ad successionem eorundem filiorum. Modo inquirendum remanet, an eius bona dotalia hypothecata remaneant eisdem filijs, quousque fuerit reddita ratio administrationis, & vbi de debito appareat, quousque fuerit restitutus reliquatus?

1 Exponitur sensus tituli propositi.

Duo potissimum sub hoc titulo, & iuxta hanc facti seriem veniunt consideranda; primum iuxta terminos expositos, an re vera bona ipsa dotalia remaneant tacitè obligata, seu hypothecata. Secundum, an filijs detur retentio eorundem bonorum dotalium ad terminos textus *in §. si autem tutelam auth. de nupt.*, adeo vt Mater non possit illa consequi, nec repetere, donec fuerit reddita ratio, &, vbi appareat de debito, donec fuerit reliquatus restitutus, prout consuluisse videntur *Socinus cons. 126. vol. 2., Rolandus cons. 14. per totum lib. 4., & alij apud Merlinum de legit. lib. 4. tit. 2. q. 4. num. 11.*

2 Dubia emergentia circa titulum.

Pro clariori notitia aduerte, quod nonnulli confundunt quodamodo ius hypothecæ in bonis dotalibus vxoris, quæ ante contractas secundas nuptias non reddidit rationes administrationis cum iure retentionis eorundem bonorum dotalium, donec fuerit reddita ratio, & hoc ad terminos textus *in §. si autem tutelam auth. de nuptijs*; sed incongruè; nam ex dicto textu non resultat indifferentia inter dicta iura, quandoquidem ibidem dicitur *Non solum, quæ eius sunt, in hypothecam habere lex permittit filijs*, quod stare potest sine actuali detentione, cum possit esse hypotheca in re absque eo, quod eadem res detineatur, cum hypotheca sequatur rem etiam si in alias manus deuenerit.

3 Aliud est ius hypothecæ in bonis dotalibus, aliud ius detentionis.

Aduerte secundo, aliud esse simplicem detentionem, aliud compensationem propriè sumptam, quarum differentiam nos agnouimus *tom. II. sub tit. Contractus XVI. de dote 2. prænot. 19. nu. 3.* ad terminos *l. vnica §. taceat C. de rei vxoria actione*, & hæc differentia non solum resultat ex eo, quod compensatio regulariter importet acquisitionem dominij rei, in qua fit compensatio, detentio vero potest esse solummodo in vim pignoris, & hypothecæ, non cum translatione proprietatis, sed etiam ex eo, quod liquidi ad illiquidum non admittitur compensatio per textum *in l. fin. C. de compens.*, liquidi autem ad illiquidum potest esse detentio, & facilius retinemus res, quas possidemus, ac acquiramus ea, quæ apud nos non existunt. His positis

4 Differentia inter detentionem, & compensationé.

Respondeo primo. Filij prioris matrimonij transeunte eorum Matre ad secundas nuptias non reddita ratione administratæ tutelæ habent ius hypothecæ in bonis dotalibus eiusdem vxoris, donec ipsis fuerit reddita ratio. Consentiunt in hoc *Socinus cons. 126. vol. 2., Rolandus consil. 14. per totum lib. 4., Berous cons. 37. num. 8. in secundo, Gabriel de secundis nuptijs concl. 9. num. 4.*, & nos etiam late docuimus *tom. 4. sub tit. Contractus XI. de pign. & hypotheca prænot. 4. num. 1.* non solum ex generali regula, qua bona curatorum, & tutorum hypothecæ subiaceant pro administratione bonorum pupillorum ad terminos *l. pro officio C. de administ. tut.*, sed etiam ex speciali dispositione, secundum quam bona matris administrantis bona filiorum suorum subijciuntur in fauorem eorundem ad terminos *l. si mater C. in quib. caus. & in d. §. si autem tutelam auth. de nupt.* vbi ex eo, quod non reddiderit rationem ante contractas secundas nuptias, eius bona hypothecæ subijciuntur in fauorem eorundem filiorum; Neque obesse potest, si dicatur, quod non videatur congruè induci hypotheca pro debito incerto, adeoque hanc non posse intelligi inductam, nisi vbi constiterit de debito matris resultante ex redditione rationum, & per consequens ante talem redditionem non resultare dictam hypothecam; Non, inquam, obesse potest, quia hypotheca in bonis tutorum incipit immediatè a tempore, quo cœperunt esse tutores, & administrare, prout notant *Iacobus de Aret., Baldus, & Salicetus in l. cum oportet §. fin. C. de bon. quæ lib., Negusantius de pign. quarto memb. secunda part. num. 12., Socinus cons. 61. in præsenti consultatione in prima, & secunda col. vol. 1.*, & congrua quidem ratione hoc dispositum videtur, quandoquidem, ex quo incipit administrare tutelam, videtur subire onera, quæ sunt eidem ex dispositione iuris annexa, & licet non possit esse hypotheca sine debito, quod debitum tantum resultare potest post redditam rationem administrationis, à principio tamen intelligitur inducta relatiue ad tempus, pro quo debitum erit contractum.

5 Matre transeunte ad secunda vota non reddita ratione administrationis, eius bona dotalia remanent hypothecata, donec fuerit reddita ratio.

Iura pro hac resposione.

6 Hypotheca in bonis tutorum incipit immediatè à tempore, quo cœperunt administrare.

7 Idem intellige de obligatione personali.

Quod si instes, non posse contrahi hypothecæ onus ante personalem obligationem, adeoq; antequam sit contractum debitum; tunc dicam, personalem obligationem intelligi contractam eo ipso, quo mater suscepit tutelam, nam ex tunc se obligauit ad omnia onera, quæ inde consurgent, & in tali obligatione fundatur hypotheca illa tacita, seu iuridica, *Salicetus in l. properandum §. fin. C. de iud. & in l. pro officio C. de admin. tut.* Ex quibus omnibus resultat, quod hypotheca in bonis dotalibus maternis in fauorem filiorum eo vsque perseueret, quousque ex redditione rationum resultet nullum debitum in matre superesse, vel, si superfuit, fuisse solutum.

8 Filijs prioris matrimonij non competit retentio bonorum dotalium matris, donec fuerit reddita ratio administrationis.

Respondeo secundo, probabilius esse non competere filijs prioris matrimonij retentionem bonorum dotalium maternorum, quousque fuerit reddita ratio administrationis, & restitutus reliquatus, vbi constiterit de debito. Cohæret cum ijs, quæ docuimus *tom. 4. sub tit. Contractus XVI. de dote 2. prænot. 19. nu 3. & seqq.* vbi ad terminos *l. vnica §. taceat C. de rei vxor. act.* latè probauimus, quod dos non possit retineri ob malos mores mulieris, nec ob res donatas, nec ob res amissas, nec propter liberos, nec propter impensas vtiles, addita ratione, quia per iura inductum est aliud remedium, scilicet vel per actionem directam, vel vtilem subdente eodem textu *in d. §. taceat. Quid enim opus est inducere retentionem alio auxilio ex constitutionibus introducto?* Hanc eandem nostram responsionem statuunt *Negusantius de pign. in primo membro partis 5. num. 36., Turretus cons. 60. num. 18., Peregrinus cons. 100. col. 2. lib. 1., Costa tract. de port. rat. q. 58. num. 10., Marescotus var. resol. lib. 2. c. 12. n. 67. & seqq.*, sed longè diuerso principio; mouentur enim ex eo, quod debitum vxoris ante redditam rationem sit illiquidum; liquidi autem ad illiquidum non datur compensatio per textum *in l. fin. C. de compensat.*, sed hæc ratio, quamuis procedat de compensatione propriè sumpta, non videtur tamen vrgere quoad simplicem detentionem, quæ potest esse etiam de illiquido.

§. XIX.

An stante statuto excludente Matrē ab vniuersali successione reseruata illi legitima, si eadem Mater conuolaret ad secundas nuptias non petito filijs tutore, adhuc amitteret legitimam.

SVMMARIVM.

Refertur status disquisitionis. 1.
Sententia negans Matrem non petentem tutorem priuari legitima. 2.
Etiam Mater in hac hypothesi non petito tutore priuatur legitima. 3.
Legitima venit titulo specialis successionis. 4.
Mater ob non petitum tutorem priuatur quacunque successione etiam ex statuto debita. 5.
Soluuntur rationes contrariæ sententiæ. 6.

1 Status disquisitionis expositus.

DIsquisitio XIX. In præcedentibus docuimus, quod, si Mater per annum à iure præfinitum non petierit filijs tutorem, vel transierit ad secundas nuptias eodem non petito amittat ius non solum ad successionem vniuersalem bonorum eorundem pupillorum, sed etiā ad legitimam in eorundem bonis sibi debitam. Modo supponimus, quod eadem mater à statuto sit exclusa à generali successione reseruata tamen illi simpliciter legitima, & quærimus, an in hac etiam hypothesi, si omiserit intra annum eisdem filijs tutorem petere, vel transierit ad secunda vota non petito illis tutore, intelligatur priuata legitima in statuto eidem reseruata.

2 Sententia negans Matrem non petentem tutorem filijs priuari legitima.

Negatiuè respondet *Ruinus cons. 86. num. 13. vsque ad fin. lib. 5.* apud *Merlinum de legit. lib. 4. tit. 2. q. 4.* vbi nulla redditur ratio, quamuis idem Merlinus asserat per eundem Ruinum plures adduci rationes; quæ tamen fragiles sunt, & leues; inter cæteras autem ex mente eiusdem Ruini hanc affert, quod stante statuto reseruante legitimam Matri legitima intelligatur disiuncta à toto corpore hæreditatis, nam, licet legitima de iure communi vnita cum reliquo patrimonio dicatur contineri in totalitate, prout tamen est reseruata à statuto intelligitur à totalitate disiuncta, sicque dum vxor priuatur vniuersali successione non censetur priuata legitima. His tamen non obstantibus.

Respondeo, etiam in hypothesi huius

refer;

reseruationis statutariæ vxorem non petentem filijs tutorem intra tempus à iure præfinitum, seu nubentem non petito prius eisdem tutore, priuari hac legitima. In hanc responsionem consentiunt *Barbatius conf.67. col. antepenult. lib.3., Merlinus de legitima lib.4. tit.2. q.4. num.24.* Rationem ex eo deduco, quod supra dicebamus *sub hoc eod. tit. de tut. & curat. 1. prænot. 13. num.22.* nempe, quod mater ob non petitum tutorem priuetur etiam legitima, cæteroqui sibi debita in bonis filiorum, quod etiam firmauit *Montanus de tut. & curat. c.18. num.10.* vbi allegat *Baldum conf.140. lib.1., Marantum in repet. l. is potest num. 188. ff. de acq. hæred.*, neque vim aliquam facit consideratio, quod illa legitima vtpote reseruata à iure municipali intelligatur seiuncta quoquo modo à reliquo corpore hæreditatis; non, inquam, vim aliquam facit, quia, quidquid sit de hoc, denegari tamen nō potest, quin legitima veniat titulo specialis successionis; Mater autē non petens intra præfinita tempora à iure tutorem filijs, vel secundo nubens sine tali petitione, vt indigna repellitur ab omni, & quacunque successione per textum *in d. l. omnem C. ad Senat. Consult. Tertul.*, vnde nec in legitima potest succedere per textum *in auth. de nuptijs §. si autem tutelam, & in l. Matres C. ad Tertul.*

3 Etiam Mater in hac hypothesi priuanda est legitima, si non petat tutorem.

4 Legitima venit titulo specialis successionis.

Pro hac responsione etiam plurimum conferunt ea, quæ commendauimus supra *sub hoc eod. tit. de tut. & curat 1. prænot. 13. num. 23.* nempe, quod Mater ob huiusmodi delictum non petiti tutoris non solum priuetur successione, cæteroqui sibi debita de iure communi, sed etiam ea, quæ ei obuenire posset de iure municipali, prout notant *Marianus conf. 46. num.2. lib.1., Parisius conf.84. num. 26. lib.2., Portius commun. reg. & concl. lib.5. c.4. ampliat.17.*, nam iura priuantia successione referuntur ad successionem quocunque iure debitam *Paulus Christinus ad leg. municip. tit.19. art.5. sub nu.14.*

5 Priuatur quacunque successione etiam de iure municipali debita.

Ratio fundamentalis horum omnium ea est, quia ius municipale reseruans legitimam Matri, quam excludit à generali successione, non corrigit dispositionem iuris communis in ea parte, qua priuat Matrem non petentem tutorem filijs intra præfinitum tempus successione filiorum, sed tantum limitat, & restringit portionem, quam vult Matri conferri, ergo, cum iura priuent Matrem non petentem tutorem filijs successione, debent ampliatiuè intelligi de illa successione, quæ debetur Matri eo modo, quo debetur, siue a iure municipali, siue a iure communi.

Ratio huius ampliationis

Ad ea, quæ ex Ruino afferebantur iam patet ex dictis, quid sit respondendum; illa etenim seiunctio legitimæ à corpore hæreditatis, si verè contingit, restringit solum id, quod de iure communi deberetur Matri, non autem officit in aliquo dispositioni iuris priuantis Matrem successione ob non petitum tutorem; sed eam relinquit in suo robore in ordine ad quamcunque successionem eidem Matre debitam.

6 Soluuntur rationes contrariæ sententię.

---

§. XX.

An tutor testamento datus vsque ad vigesimum annum duret pro toto illo tempore in munere tutelæ.

SVMMARIVM.

Exponitur dispositio testamentaria cum sua ratione dubitandi. 1.

Illa dispositio videtur aduersari duplici iuri, & quomodo. 2.

Rationes suadentes testatorem, scilicet Patrem posse protrahere munus tutelæ vltra 14. annos, & restringere munus curatoris ad 18. 3.

Decisio pendet à præsumpta mente Patris testantis. 4.

Tutor iste sic datus intelligendus est vt sit tutor vsq; ad annos 14. pupillorum, & curator vsque ad 20. 5.

Illa dispositio est restrictiua quoad munus curatoris, non ampliatiua quoad munus tutoris. 6.

DIsquisitio XX. In suo vltimo testamento Caius Pater dedit filio suo impuberi tutorem cum clausula, vt tutor sic datus perseueraret vsque ad annum vigesimum eiusdem filij impuberis. Orta hic fuit controuersia, an tutor sic datus pro toto illo tempore perseuerare deberet in munere formali tutoris, an verò dumtaxat vsque ad decimum quartum annum, vt tutor, & ab inde vsque ad 20. vt curator.

1 Exponitur factū iuxta dispositionem testatoris.

Difficultatem maximam ingerit hæc dispositio vtpotè, quæ est aduersatiua simul, & semel duobus iuribus, alteri restringenti munus tutelæ ad annum 14.; alteri protrahenti munus curatoris vsque ad 25. annum; si enim dicamus, quod ex vi talis dispositionis testamentariæ tutor sic datus debeat perseuerare vt talis vsque ad vigesimum annum aduersatur iuri adstringenti munus tutelæ ad 14. annum; si verò dicamus,

2 Illa dispositio videtur aduersari duplici iuri, & quomodo.

mus, quod debeat solum perseuerare vt tutor ad 14. annum, & ab inde vsque ad vigesimum vt curator, restringitur ius commune dilatans munus curatoris vsque ad annum 25.; ex quo manifestè patet hanc dispositionem testamentariam duo iura simul, & semel percutere, quod, an admittendum sit, mox videbimus.

Potissimum pendet hæc difficultas à consideratione, an Pater in testamento possit in ordine ad proprios filios protrahere ad longius tempus, ac præscribatur à iure, munus tutelæ, & restringere ad minus tempus munus curatoris, circa quam difficultatem videtur potestas in ordine ad vtrumque patri concedenda, & hoc deductiue ex textu *in l. pater Seuerinam §. conditionem ff. de condit. & demonst.*, vbi, cum Pater in testamento suo dedisset filijs suis tutores, & reliquisset sub fideicommisso eisdem tutoribus fundum sub conditione, si tutelam filiorum in annum decimumoctauum gessierint, cumque tutelam administrassent vsque ad 14. annum, & subinde gesserint munus curatoris vsque ad 18. annum, quæsitum fuit, an eisdem deberetur fundus relictus sub fideicommisso, ibique conclusum, quod ille fundus eisdem deberetur eo, quia præsumatur, quod Patris voluntas fuerit talis, vt se conformare voluerit dispositioni iuris, secundum quam tutela durat ad 14. annum, & vlterius ab illo anno cura, vbi nota, quod, cum refundatur decisio præcisè in præsumptam voluntatem Patris, vtique ibi supponitur, quod, si fuisset expressa voluntas eiusdem Patris, vt munus tutelæ vsque ad 18. annum protraheretur, vtique esset ad illud tempus protrahendum; signum euidens, quod Pater possit tutelam ad illud protrahere, quod etiá euincitur ex eo, quod inanis fuisset illa quæstio excitata in dicto textu, si Pater munus tutelæ non potuisset ad illud tempus protrahere.

3 Rationes suadentes Patrē posse protrahere munus tutelæ vltra 14. annos, & restringere annus curatoris ad 18.

Supposito iam, quod Pater possit, & tempus ad tutelam protrahere, & tempus curæ restringere, indubitatum est, quod, si expresse protraxerit, & restrinxerit, eius dispositio sit sequenda; quia tamen vt plurimum dispositio paterna concipitur sub terminis, in quibus de eius mente dubitari potest, vt in casu, de quo agebatur *in d. l. Pater seuerinā §. conditionem ff. de condit. & demonst.*, & in casu, de quo hic agimus, ideo proponimus inuestigandum, an sit præsumendum, quod voluerit vt munus tutelæ formaliter vt tale protraheretur vsque ad vigesimum annum, an vero solummodo vsque ad 14. annum sub tali ratione, & deinde vsque ad 20. sub ratione curatoris accepto promiscuè, & respectiuè nomine tutoris etiam pro curatore.

4 Decisio pendet à præsumpta mente Patris testantis.

Respondeo, tutorem in testamento datum vsque ad viginti annos intelligi vt sit tutor vsque ad annos 14. & curator ab inde. *Glosa in d. l. Pater Seuerinam §. conditionem ff. de condit. & demonst.*, *Angelus in l. 2. C. de confirm. tut.*, *Bertachinus in suo repert. in verb. tutor sub num.* 20. *vers. tutor in testam datus*. Expresè deducitur *ex d. l. Pater Seuerinam §. conditionem ff. de condit. & demonst.*, vbi etiam ratio deducitur, quia scilicet talis præsumitur voluntas testatoris, qui, licet conceperit dispositionem sub terminis tutoris, intelligitur tamen illam retulisse ad terminos iuris communis accepto promiscuè nomine tutoris pro curatore respectiuè ad tempus, quo filius egressus fuerit limites impubertatis.

5 Intelligi debet datus, vt tutor vsque ad annos 14., & curator vsque ad 20.

Promiscuè accipitur nomen tutoris pro curatore.

Ex qua explicatione, & voluntatis paternæ interpretatione potest deduci, quod illa dispositio, licet sit restrictiua quoad munus curatoris, cum illud reduxit ab anno vigesimo quinto præscripto a iure communi ad vigesimum, non sit tamen ampliatiua quoad tempus tutelæ, quandoquidem hoc munus non extenditur iuxta hanc interpretationem vltra consuetum tempus quatuordecim annorum, nam reliquum vsque ad vigesimum datur curæ, non tutelæ.

6 Illa dispositio est restrictiua quoad munus curatoris non ampliatiua quoad munus tutoris.

---

§. XXI.

An tutor datus à Patre in testamento minus perfecto, & ad ipsius petitionem non confirmatus ob neglectum, & incuriam Iudicis possit tutelam interim administrare.

SVMMARIVM.

Expositio casus in terminis. 1.

Tutor in testamento minus solemni datus ante confirmationem, si non gerat, non tenetur actione tutelæ. 2.

Facta petitione, & dilata ex Iudicis incuria confirmatione tutor interim potest gerere. 3.

Et probabilius teneretur actione tutelæ pro sic gestis. 4.

DIsquisitio XXI. Dictum est in præcedentibus, quod tutor in testamento minus perfecto datus, ad hoc vt possit

possit administrare indigeat quidem confirmatione, non tamen inquisitione,

1 Efformatur casus iuxta titulum.

si fuerit datus à Patre. Dictum est vlterius, quod ante confirmationem non teneatur, nec possit formaliter vt tutor administrare, adeo vt, si ante confirmationem damna pupillis contigerint, ad nihil ipse teneatur. Modo supponimus, quod datus fuerit à Patre in testamento minus perfecto, & quod conscius suæ dationis in tutorem diu institerit pro confirmatione, sed ex incuria, & negligentia Iudicis eandem non acquisierit, & interim adhuc ex eadem incuria pendeat eadem confirmatio, & inquirimus, an pendente tali confirmatione ex Iudicis neglectu possit valide tutelam gerere?

Quod tutor in testamento minus solemni datus, licet non petat se confirmari,

2 Tutor in testamento minus solemni datus ante confirmationé, si non gerat, nõ tenetur actione tutelæ.

si non gerat tutelam, non teneatur ex eadem tutela concedunt communiter DD., & signanter *Bartolus in l. qui à Patre q. 1. ff. de confirm. tut. & in l. impuberi paulo post principium ff. de administ. tut. & in l. 1. & 2. C. de confirm. tut.*, quinimmo, etiam si petat, non possit cogi ad administrandum firmat idem *Bartolus loc. cit.*, sed, an, si petierit, & ob incuriam Iudicis adhue non obtinuerit confirmationem, possit valide gerere, id est, quod sub præsenti titulo controuertimus.

Respondeo, vtique posse gerere, donec à Iudice fuerit confirmatus. *Bartolus in d. l. qui à Patre in fin. ff. de confirm. tut.*, *Angelus in l. si vt proponis C. eod. tit.* Ra-

3 Facta petitione, & dilata cõfirmatione ex Iudicis incuria tutor interim potest gerere.

tionem ex eo deduco, quia decretum confirmationis quoad tutorem à Patre datum in testamento minus solemni, cum non indigeat inquisitione per superius latè probata, non est simpliciter voluntarium, seu arbitrarium, sed quodammodo necessarium, cum Iudex teneatur illum confirmare, nisi manifeste pateat de inidoneitate, ergo, si accesserit petitio eiusdem confirmationis a tutore sic dato, & neglecta fuerit per Iudicem talis confirmatio nullo penitus obstante ad eandem confirmationem, non erit, cur idem tutor non possit administrare, cum confirmatio petita, & debita, & non posita habeatur, ac si esset posita. Confir-

Rationes pro hac responsione.

matur, quia maximè expedit bono pupillorum, vt administratio tutelæ eorundem diu non protrahatur, siquidem dilatio potest in eorum perniciem declinare, ergo, si fuerint posita omnia requisita tàm ex parte dantis, quam ex parte dati, & solum desit officium Iudicis ex eiusdem incuria, quod tamen est ex omni capite debitum, non erit, cur non possit exequi eadem administratio, siquidem neglectus operis, quod cæteroqui est omni iure debitum, non possit præiudicium inferre, cum opus debitum, & non positum, quantum ad effectum validæ administrationis habeatur, ac si esset positum.

Difficultas solummodo aliqua esse potest in eo, an pro illa administratione, quam tutor sic datus gessit post petitionem confirmationis, licet ante eandem confirmationem teneatur solummodo actione negotiorum gestorum, vel ad summum protutelæ, an verò etiam propriè, & rigorosè actione tutelæ? quod idem est, ac quærere, an pro illo tempore præcedenti ad confirmationem gereret formaliter vt tutor, an verò solummodo vt negotiorum gestor, seu vt protutor?

4 Et probabilius teneretur actione tutelæ pro sic gestis.

Cum gereret formaliter ex onere sibi per testatorem iniuncto, & formaliter vt testamentarius per ea, quæ in præcedentibus docuimus, nempe, quod datus à Patre (licet aliud sit de dato à Matre, vel ab extraneo) quamuis indigeat confirmatione à Iudice potius vim habeat à testamento Patris, quam à Iudice, cum in hoc eius officium sit necessarium, non incongruum arbitrarer, asserere, quod teneretur actione tutelæ, quod à fortiori verificaretur, si postea accederet eiusdem Iudicis confirmatio, quia tunc iuxta præcedenter dicta actio prima resolueretur in secundam, & sic vtraque esset actio tutelæ.

---

§. XXII.

An tutor datiuus datus pro vno testamentario mortuo desinat esse tutor, si alter testamentarius etiam moriatur.

SVMMARIVM.

Exponitur casus præsentis tituli. 1.

Permanente vno tutore testamentario non aperitur locus legitimo, sed datiuo. 2.

Tutor à Iudice datus pro testamentario mortuo non desinet permanentibus filijs in impubertate, etiam si alius tutor testamentarius pereat. 3.

Quando seruatis seruandis à Iudice datus est tutor, hoc existente non datur locus legitimo. 4.

Dato per Iudicem tutore in locum vnius testamentarij defuncti, si alter testamentarius deficiat, sententia asserens aperiri locus legitimo. 5.

Si tamen arbitrio Iudicis tutor datus per ipsum in locum primi defuncti esset sufficiens non esset alius saltẽ ex necessitate dãdus. 6.

Si

Si non esset tutor primo datus pro testamentario defuncto non incongruè alius datiuus pro secundo testamentario defuncto esset subrogandus. 7.

1 Exponitur casus præsentis tituli.

DIsquisitio XXII. Pater in suo vltimo testamento plurimum fidens de Caio, & Sempronio ob eorum integritatem, & fidelitatem eosdem simul tutores constituit pro filijs suis impuberibus. Acceptato ab vtroque munere tutelæ contigit, vt Caius inopinato fato occubuerit, vnde in eius locum à Iudice, & ad petitionem Sempronij alterius ex tutoribus testamentarijs Andræas suffectus est, qui simul cum eodem Sempronio tutelæ munus adimpleuit; & contigit, quod permanentibus adhuc filijs ad eorum, seu sub eorum tutela deputatis in impubertate etiam è viuis cederet Sempronius alter tutor testamentarius; vnde orta est controuersia, an ad desinentiam eiusdem Sempronij intelligatur desijsse etiam munus tutelæ quoad Andream vltimo loco suffectum in locum Caij primo defuncti?

2 Permanẽte vno tutore testamentario non aperitur locus legitimo, sed datiuo.

Quod ex duobus tutoribus testamentarijs altero mortuo alter in eius locum per Iudicem constituendus sit, ita vt non aperiatur locus legitimo permanente vno testamentario latè docuimus in præcedentibus, & docet etiam *Bartolomeus Socinus cons. 193. incipient. circa primum in principio vsque ad vers. circa secundum in secunda parte* ex generali regula, quod existente tutore testamentario non sit locus legitimo, sed datiuo. Vtrum autem, quando omnes testamentarij defecerunt, & remanet vnus tantum datiuus, qui in locum alterius ex testamentarijs, qui primo occubuit, datus est, detur locus legitimis cum exclusione istius dati a Iudice, an verò iste permaneat cum exclusione istorum, hic est scopus præsentis disputationis. Pro qua

3 Tutor datus a Iudice in locum testamentarij mortui non cessat etiã si desinat alius tutor testamentarius.

Respondeo, tutorem à Iudice datum pro testamentario mortuo non desinere, si alter testamẽtarius postea decedat permanentibus filijs in impubertate. Consentit in hoc *Glosa in l. si tutor §. si duobus in glosa in verb. impuberis in fin. vers. item, quod, si duo ff. de tut. & ration. distr. & ibi Bartolus in lectur. Nicol. de Neap. in verb. quærit Glosa al secondo, Rimus collect. 3585. & alij magis communitèr.* Videtur sentẽtia concludentèr deduci ex textu *in l. quæsitum ff. de tutel.*, vbi dicitur, quod tutor datus in locum absentis eodem absente defuncto perseueret in munere tutelæ sibi iniuncto vsque ad tempus pubertatis, ex quo sic argumentor: si tutor datus in locum vnius absentis non remouetur, sed permanet, vt tutor, si ille, in cuius locum datus est, moriatur, ergo multo minus debet remoueri, si postquam in locum vnius defuncti suffectus est, alter contutor decedat, vbi enim plures sunt tutores vno illorum decedente non expirat tutela quoad alios per textum *in l. ex pluribus, & ibi Bartolus, & alij ff. de auctor. tut. l. si plures, & l. decreto §. fin. ff. de administ. tut., Ciriacus contr. 150. nu. 124., Altogradus cons. 100. num. 5. & 6. lib. 2.*; Rationes pro responsione.

Neque dicas, quod permanente vno tutore testamentario perseueret quidem datiuus, quia non aperitur locus legitimo, non solum, quando est testamentarius, sed etiam spes testamentarij per ea, quæ supra commendauimus; deficiente verò quocunque testamentario non est, cur non sit admittendus legitimus, adeoque excludendus quicunque datiuus;

4 Quando seruatis seruandis datus est tutor à Iudice hoc perseuerãte non datur locus legitimo.

Contra enim impugnaberis primo, quia in casu *d. l. quæsitum ff. de tutel.* supponitur absolutè, quod tutor testamentarius, in cuius absentis locum alius suffectus est a Iudice, defecerit per mortem, nec alius testamentarius remaneat, & tamen ibi simplicitèr dicitur, quod ad eius mortem non expirat tutela eius, qui datus est ab eodem Iudice, sed perseueret vsq; ad pubertatem; ex quo corruit instantia per aduersarios adducta, quandoquidem in eo casu deficit testamentarius simplicitèr, & tamen non datur locus legitimo, sed firmatur datiuus antecedentèr datus pro tempore absentiæ primi. Secundo, quia, quando iam legitimè, & seruatis seruandis datus est a Iudice tutor pro tempore, quo iustè dari poterat, hic non est remouendus ob existentiam legitimi, quia eius munus iam legitimè firmatum est. Hac ratione docuimus in præcedentibus, quod, si Mater susceperit filiorum tutelam, & postea volens ad secundas nuptias conuolare coram Iudice alium tutorem nominauerit, eumque dari petierit, tutor sic datus contractis secundis nuptijs eiusdem Matris perseueret in munere tutelæ cum exclusione tutorum legitimorum, quia iam firmatus intelligitur, & perseuerat in locum Matris. Ratio à paritate deducta.

Sed hic suboritur difficultas, an dato per Iudicem tutore in locum vnius ex testamentarijs, qui primo occubuit, & deficiente postea alio testamentario, sufficiendus sit in locum istius alter datiuus per Iudicem, an verò aperiatur locus legitimo, qui simul administret cum primo datiuo dato a Iudice? Videtur prima fronte dicendum, aperiri locum

legi-

legitimo ex generali regula, secundum

5 Dato per Iudicem tutore in locum vnius testamentarij defuncti, si alter testamentarius deficiat sententia afferens, quod in locum istius detur locus legitimo.

quam primò admittuntur testamentarij, si extent, secundo legitimi, & tertio datiui. *Oinotimus in §. permissum Instit. de tutel.*, *Montanus de tut. & curat. c. 7. nu. 1. & seqq.*, *Gutierez de tut. part. 1. c. 2. nu. 2. & seqq.*, *Borguin de tut. num. 1.*, *Balthassar Thomasius tract. de tut. & curat. tit. 2. c. 1. per totum, & tit. 3. c. 1. per totum*. Cum igitur in præsenti hypothesi nullus extet tutor testamentarius, & necessarius alter supponatur vltra iam datum à Iudice in locum primi defuncti non videtur ambigendum quin aperiatur locus legitimo; nec potest officere existentia datiui iam per Iudicem constituti, & subrogati loco primi defuncti; Non, inquam, potest officere, quandoquidem non videtur esse repugnantia, quin simul possint esse duo tutores, quorum alter sit legitimus, alter datiuus, sicuti possunt esse duo, alter testamentarius, alter datiuus.

6 Si tamen arbitrio Iudicis tutor datus per ipsum esset sufficiens non esset alius dandus.

Pro clariori notitia aduerte, quod, quamuis tutela pro parte vnius mortui secundum aliquos non accrescat contutori superstiti, sed detur alius loco mortui, nisi a testatore fuerint dati cū clausula *Quod si non omnes iuxta Speculatorem de instrum. edit. §. nunc verò aliqua vers. quod si sint plures*; nihilominus, si ex qualitate personæ remanentis, & ex quantitate patrimonij pupilli Iudex nouerit ipsum solum aptum esse, & idoneum ad administrationem vniuersæ tutelæ, tunc eidem ex eiusdem Iudicis iudicio tutela pro parte mortui poterit accrescere per textum *in l. si quis sub conditione ff. de test. tut.*, *Socinus Sen. cons. 193. lib. 2.*, *Franchus decis. 214.*, *Gabal. decis. 116. num. 6. lib. 2.*; vnde in casu, quo tutela in eodem superstite solum esset cumulanda, non esset locus præsenti quæstioni; difficultas igitur stat solum, quando vel ex dispositione testatoris, vel ex insufficientia ad totam administrationem eius, qui primò datus est a Iudice in locum defuncti, alius cum eodem est in munus tutoris coaptandus, an scilicet debeat esse datiuus, an verò legitimus.

7 Si primus datiuus non esset sufficiens alius etiā datiuus in locum secundi testamentarij defuncti esset sufficiendus.

Non incongruum arbitrarer asserere primo datiuo cooptandum esse alium datiuum, quia, cum ille datus sit, & subrogatus in locum testamentarij, sicuti testamentarius alium quemcunque legitimum excludit iuxta superius notata, ita & hic subrogatus videtur eundem excludere; vnde subdit ad rem præsentem *Bartholomeus Socinus consil. 64. in causa vers. præterea circa finem in prima part.*, quod, si semel tutela ad testamentarium est deuoluta, legitimus intelligatur exclusus, & non amplius admittatur, si in locum testamentarij tutor fuerit à Iudice datus.

---

§. XXIII.

An milites completo militiæ tempore excusentur à tutela nepotum suorum commilitonum.

S V M M A R I V M.

In quo consistat status difficultatis. 1

An nomine filiorum veniant etiam nepotes. 2

Licet miles completo honestè militiæ tempore non excusetur à tutela filiorum suorum commilitonum, excusatur tamen à tutela nepotum eorundem. 3

Quomodo intelligendus sit textus in l. possessionum C. commun. vtriusq; Iud., *quod nepotes non possint separari à Patribus*. 4

Disquisitio XXIII. Latè docuimus in præcedentibus, quod milites, qui rectè, & strenuè compleuerunt tempus militiæ, post reditum ad patrios lares, licet excusentur ab aliorum tutelis, non excusentur tamen a tutelis suorum cōmilitonum per textum *in l. sed, & milites ff. de excus. tut.*, quod intellige iuxta conditiones, & modos explicatos *sub hoc eod. tit. de tut. & curat. 1. prænot. 20. num. 93.* Supponimus modo, quod miles post honeste completum tempus militiæ non excusetur a munere tutelæ filiorum commilitonum suorum, & inquirimus, an etiam non excusetur a tutelis nepotum eorundem commilitonum. 1 Disquisitio in suis terminis exponitur.

Textus *in d. l. sed, & milites in princip. ff. de excus. tut.* loquitur præcise in terminis filiorum. Ibi *Aduersus autem filios eorum, qui eidem ordini communicarunt &c.*, vnde difficultas præsens videtur in eo consistere, an nomine filiorum comprehendantur quoad hunc effectum etiam nepotes; & quidem nomine filiorum venire etiam nepotes pluribus comprobat *Ioannes Baptista de Barbobus de filijs familias part. 1. q. 2. à num. 2. vsq; ad 14.*, & præcipuè ex textu *in l. iusta ff. de ver. & verb. signif.*, vnde subdit, quod, cum tutori non liceat pupillam suam nec sibi, nec filio in matrimonio adiungere per textum *in l. tutor ff. de sponsal. & in l. 1. C. de interd. matrim.* dictum de filio intelligendum sit etiam de nepote per textum *in l. Senatus Consulto ff. de ritu nupt.* Alia plura vide apud eundem *de Barbobus loc. cit.* His tamen minime obstantibus. 2 An nomine filiorum veniant etiā nepotes.

Respondeo. Militem post honestè completum tempus militiæ, licet non excusetur a tutela filiorum suorum commilitonum, excusari tamen a tutela nepotum eorundem. *Glosa in d. l. sed, & milites in princip. ff. de excus. tut.*, *Alciatus in l. filij ff. de verb. & rer. signif.*, *Ioannes Baptista de Barbobus de filijsfam. part. 1. q. 2. num. 15.* Non moueor solum ea ratione, quod in rigore filiorum nomine non veniant nepotes, quamuis hi venire possint sub appellatione liberorum per textum *ad literam in §. fin. qui testam. tut. dar. pos.* Ibi *Aliter enim filij, aliter nepotes appellantur*, quod idem habetur *in l. quid si nepotes ff. de testam. tut.*, quod pluribus alijs iuribus, & rationibus confirmat idem *Barbobus ibid. à num. 14. per alios plures*; sed etiam, & fortius ex eo, quod, quamuis daremus, quod in lata significatione nomine filiorũ comprehenderentur etiã nepotes, in hoc tamen casu certè non possent venire, quandoquidem hic agitur de priuilegio militum; priuilegia autem vtpote contra tenorem rationis propter aliquam vtilitatem constituta, strictè veniunt interpretanda, cum omnis recessus a iure communi sit odiosus, sicuti regressus ad ius commune fauorabilis reputatur *Rebuffus in praxi benef. part. 1. tit. de differ. inter priuileg. & rescrips.*, *Surdus decis. 274. num. 8.*, *Tiraquel. de retract. lignag. §. 1. glos. 9. num. 186.*, *Azorius Instit. mor. pars. 1. lib. 5. c. 23. per totum*, *Bardellonus cons. 135. lib. 2.*

3 Excusantur milites post completum honestè tempus militiæ à tutelam nepotum suorum commilitonum.

Rationes pro hac responsione.

Quod, si dicatur, quod nepotes non possint separari a Patribus per textum *in l. possessionum C. commun. vtriusq. iud.*, *Glosa in l. filij appellatione ff. de verb. & rer. signif.*, adeoque, quod, sicuti filij, qui sunt Patres eorundem nepotum sine vlla exceptione obligant milites ad eorum tutelam, ita & ijdem nepotes videntur obligare. Statim respondebo, quod ea, quæ dicuntur *in d. l. possessionum C. commun. vtriusq. iud.* procedunt solummodo de dura quadam separatione, qualis non est illa, qua in ordine ad onus militum suscipiendi tutelam filiorum suorum commilitonum nepotes debeant venire nomine filiorum vt signanter considerauit *d. Ioannes Baptista de Barbobus de filijsfam. pars. 1. q. 2. num. 35.*

4 Quomodo intelligendus sit textus, quod nepotes non possint separari a patribus.

§. XXIV.

An socer possit dari curator nurui suæ.

SVMMARIVM.

Quomodo intelligendus sit titulus. 1.
Maritus non potest dari curator simpliciter vxori suæ. 2.
Etiam socer pater mariti non potest esse tutor nurus suæ. 3.
Et quidem, si eidem cura conferretur, non subsisteret. 4.
Impropriè dicitur posse se excusare. 5.
Rationes, ob quas ab huiusmodi munere excludantur maritus, & socer. 6.

Disquisitio XXIV. Dictum fuit in præcedentibus, quod maritus non possit dari curator vxori suæ minori, nisi ad summum in ordine ad lites non obstante, quod præsumatur affectionem habere rebus eiusdem. Modo inquirimus, an idem, quod dictum fuit de marito, sit etiam intelligendum de socero Patre eiusdem mariti, quatenus esse nequeat curator nurui suæ?

1 Expositio tituli in suis terminis.

Quod maritus non possit dari curator vxori suæ, liquidè, & expresè constat ex textu *in l. maritus C. qui dare tut. vel curat. pos.*, sed ibi nullo modo comprehenditur socer Pater eiusdem mariti, nec in rigore nomine mariti venit socer, vnde, cum in dispositione nec expresè comprehendatur, nec veniat implicitè appellatione mariti, non videtur a curatione nurus excludi, sicuti excluditur a curatione vxoris ipse maritus. His tamen minimè obstantibus.

2 Maritus non potest dari simpliciter curator vxori suæ.

Respondeo, etiam socerum Patrem mariti excludi a curatione nurus suæ. *Glosa in l. maritus in verb. non potest C. qui dar. tut. vel curat. pos.*, *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 20. nu. 31.* Expresè colligitur ex textu *in l. licet orationis C. de excus. tut.* Ibi *Licet orationis sub D. Marco habita verba deficiant, is tamen, qui post contractas nuptias nurui suæ curator datur excusare se debet, ne manifestam eius sententiam offendat, & labem pudoris contrahat.*

3 Etiam socer pater mariti nõ potest esse tutor nurus suæ.

Sed, cum dicatur in hoc textu, quod excusare se debeat, videtur ex eo directè inferri, quod datio eiusdem soceri in curatorem nurus teneat; non enim indigeret excusatione, si datio ipso iure esset nulla *arg. textus in §. penult. Instit. de excus. tut. & in d. l. licet C. eod.* His tamen non obstan-

Iura, quibus responsio innititur.

obstantibus *Glosa in d.l.maritus C. qui dar. tut. vel cur. pos.* dicit absolutè, talem datinnem non subsistere, & in allegatis textibus dici impropriè, quod possit se excusare, cum & si curator vellet esse, non posset; & quidem congrua ratione arbitror, hanc glosam procedere, quandoquidem iura sub eisdem pænis, & consimilibus terminis prohibent marito curam vxoris, quibus prohibent socero curam nurus, induennt enim quoad vtrumque pænam infamiæ, quinimmo *in d.l.licet orationis*, in qua fit extensio ad socerum, dicitur quod socer, si acceptaret curationem huiusmodi, offenderet manifestam sententiam eius, quod intelligendum est de sententia, qua marito prohibetur, curationem vxoris assumere; Si igitur maritus non potest esse curator vxoris suæ, prout expressè dicitur *in d.l.maritus C.qui dare tut. vel cur.*, nec videtur posse esse socer in ordine ad nurum suam; Nec obstat quod *in d.l.licet orationis* dicatur, quod debeat se excusare; tum quia vt asserit *Glosa in d.l. maritus in verb. non potest* hoc ibi impropriè dicitur; tum quia vt notat *Glosa in d.l. licet orationis*; ly, *excusare*, refertur ad administrationem, non enim potest referri ad decretum, à quo non indiget excusari, cum non teneat, & ad hoc allegat textum *in d.l. maritus C. qui dar. tut. vel curat. pos.*

4 Et quidem, si eidem cura conferatur non subsisteret.

5 Impropriè dicitur posse se excusare.

Si autem inquiras rationem, propter quam iura induxerunt, ne maritus possit esse curator vxoris suæ, nec socer nurus suæ? Tunc *Glosa in d.l. maritus C. qui dar. tut. vel cur. pos.* eam assignat, quia iura præsumunt, quod vxor propter nimiam affectionem erga maritum suum de facili sit eidem remissura quæcunque negligenter, malè, & peruersè circa res eiusdem vxoris egerit. Ibi- *Quia si mala gerat vir, vxor propter affectionem remittere*. Sed hæc ratio non videtur æquè militare quoad socerum, ac quoad maritum, cum vxor non videatus tantum diligere socerum, quantum maritum, cum quo facta est in carne vna, adeoque ad summum videtur posse dici, quod maritus non possit simplicitèr dari curator vxori suæ, & si detur, non teneat datio, socer verò possit solummodo se excusare, adeout, si detur, intelligatur datio subsistere, quod certè videtur magis congruere literæ prædictorum textuum, nam *in l.maritus*, in quo est sermo de eodem præcisè, dicitur absolutè, quod non possit dari, in textu verò *l.licet orationis*, in quo est sermo de socero dicitur tantum, quod possit se excusare. Nihilominus absolutè persistendum est ex eo, quod etiam socer non possit esse curator nurus suæ; nam, quidquid sit, quod præsumatur maior affectio in vxore erga maritum, ac in nuru respectu soceri, iura agnoscunt, & præsumunt tantum amorem in nuru respectu soceri intuitu eiusdem mariti, quantus sufficit, vt denegari debeat eidem socero cura nurus, nam ratio considerata à lege, propter quam marito negatur cura vxoris, est fundata in præsumptione, quod vxor propter affectionem erga eundem maritum remittat non solum quæcunque neglecta, & omissa, sed etiam malè gesta; hæc autem præsumptio æquè militare potest in ordine ad curam soceri, cum possit præsumi, quod nurus sit eidem remissura quamcunque culpam in curatione propter maritum, cum bona soceri debeant marito cedere.

6 Rationes ob quas ab huiusmodi muneve excluduntur maritus, & socer.

Soluitur instantia opposita.

§. XXV.

An fideiussor debitoris pupilli possit esse tutor eiusdem pupilli.

SVMMARIVM.

Sensus disquisitionis expositus. 1.
Fideiussor debitoris pupilli non potest esse eiusdem pupilli tutor. 2.
Fideiussor est debitor pupilli. 3.
Ratio, quæ militat ad excludendum à munere tutelæ debitorem pupilli, militat etiam ad excludendum fideiussorem eiusdem debitoris. 4.
Soluuntur argumenta contraria. 5.

Disquisitio XXV. Debitores pupillorum maximè, si fuerint tales magnæ quantitatis, non posse esse eorundem tutores, latè probauimus in præcedentibus ob periculum fraudium, ne scilicet occasione administrationis pupillum circumueniant, & debitum fine sita solutione eiusdem cessare faciant. Modo inquirendum proponimus, an, si quis propriè non fuerit debitor pupillorum, sed fideiussor debitoris eorundem arceatur ab eorum tutela, nec ne?

1 Casus feries expo

Memini me nonnulla de hac difficultate incidentèr attigisse, sed quia nonnulli apud *Maurum de fideiuss. part. 2. sect.2.c.3.* eam maioribus obtundunt dubitationibus existimantes fideiussorem non dici propriè debitorem, & *Iason in l. si fideiussor col. 1. ff. de legat. 1.* valde dubitare ostendit, dum dicit, hoc, quod est fideiussorem debitoris pupilli non posse esse eiusdem pupilli tutorem, esse magnam

gnam determinationem, si vera est, ideo eandem sub breuitate placet transcurrere.

2 Fideiussor debitoris pupilli non potest esse eiusdem pupilli tutor.

Respondeo igitur, fideiussorem debitoris pupilli non posse esse eiusdem pupilli tutorem *Iason in l. 1. nu. 49. ff. si cert. per., & ibi Decius in 1. lectur. n. 30., Curtius Iunior n. 80., Alciatus n. 42., & Purpuratus nu. 48., Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 20. n. 9.* Ratio ex eo deducitur, quia fideiussor, & ipse est debitor, prout habetur *in l. & magis ff. de solut., Angelus in auth vt hi, qui obligantur prope fin. princip.*, vbi dicit ita fuisse iudicatum, & fideiussor comprehenditur in statuto loquente de debitore *Riccius collect. 3039., Viuius comm. opin. 300., Maurus de fideiuss. part. 2. sect. 2. c. 3., Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. fideiussor n. 1. vers. quod fideiussor dicatur.*

3 Fideiussor est debitor pupilli.

Confirmatur, quia ratio, ob quam debitores pupillorum excluduntur ab eorundem tutela militat etiam aduersus fideiussores debitorum eorundem pupillorum, quandoquidem ideo excluduntur debitores pupillorum, quia periculum est, ne in administratione bonorum eorundem pupillorum debitum confundant, eosdemque pupillos circumueniant per textum *in auth., vt fine prohibitione mater §. 1. & in d. auth. vt hi, qui obligantur in princip. in vers. sed, & si quis. ibi sed adiungi tutorem aliquem, seu curatorem*; hæc autem eadem ratio militat quoad fideiussorem debitoris eorundem pupillorum, cum, & ipse, vt se eximat ab obligatione, possit debitum confundere; vbi autem est eadem ratio prohibitionis, debet adesse idem ius *arg. textus in l. illud ff. ad leg. Aquil. l. à Titio in fin. primi responsi ff. de verb. oblig.*

4 Ratio, quæ militat ad excludendum debitorem à tutela vrget etiã ad excludendum fideiussorem eiusdem debitoris.

Neque obesse potest, quod negotium illius debiti ipsum non concernat, nisi accessoriè, principalitèr autem debitorem, & propterea non sit præsumendũ, quod sit pupillos circumuenturus, nam, quantumuis posset contingere, quod ipse compelleretur ad solutionem, haberet tamen regressum aduersus principalem debitorem. Cum igitur de alieno ære, seu alieno negotijs hic agatur, non est præsumendum, quod fallere voluerit, seu velit pupillum eius curæ commendatum, vt faueat debitori eiusdem. Nõ, inquam, obesse potest, quia quomodocunque res se habeat, cum ipse fideiussor possit conueniri pro illo debito, & compelli ad illius solutionem, vigere semper potest rationabilis præsumptio, quod ad se eximendum ab illo grauamine, possit fundamẽtum actionis pupillorum euellere per subtractionem debiti, & licet illud periculum fraudium videatur quoquo modo magis remotum respectu fideiussoris, ac sit respectu principalis debitoris, iura tamen intendunt io fauorem pupillorum auertere quodcunque periculum, & quamcunq; suspicionem, modo sit probabilis, vt in præsenti casu.

5 Soluuntur argumenta contraria.

---

§. XXVI.

An, si alicui relictum fuerit legatum sub conditione tutelæ, hic amittat illud legatum, si non possit adimplere tutelam, quamuis vellet.

SVMMARIVM.

Series disquisitionis exponitur. 1.
Variæ considerationes circa eandem seriem. 2.
Differentia inter conditionem, & modum. 3.
Sententia Gutierez asserentis legatum illud acquiri legatario, non obstante, quod onus non adimpleat, eo, quia non potest. 4.
Si legatum fuerit relictum sub expressa conditione tutelæ, adhuc legatarius illud consequitur, si nequeat conditionem adimplere. 5.
Explicatur textus io l. si militem C. de cond. ob caus., *vt non repugnans sensui responsionis.* 6.
Aliud est, quod legatum detur sub conditione impossibili, aliud, quod detur ob causam impossibilem. 7.
Etiam, si illud legatum fuerit relictum sub modo, adhuc legatarius illud acquireret. 8.

Disquisitio XXVI. Caius condito suo vltimo testamento legatum satis pingue reliquit Theodorico iniuncto eidem onere tutelę in ordine ad suos filios, quos reliquit in pupillari ætate, & propterea eundem Theodoricũ tutorem testamentarium eorundem filiorum suorum nominauit. Optasset Theodoricus tutelam illam assumere, eandemq; administrare, sed non poterat, quia erat addictus militiæ, vel alia legitima causa impeditus, seu impar illi oneri. Quæsitum fuit, an non obstante non assumptione tutelæ ex aliqua ex prædictis causis Theodoricus acquirat illud legatum, an vero illi non debeatur. 1 Factum in suis terminis.

Considerandum hic venit, an illud onus tutelæ per testatorem fuerit iniunctum per modum conditionis expressæ, seu an illud legatum fuerit relictum sub coditione expressa, si tutelam assump- 2 Variæ considerationes circa factum.

serit,

ferit, illamque administrarit, an verò solummodò sub modo; modus autem nihil aliud est, quam moderatio quædam dispositioni adiecta honoratum aggrauans in tempus dispositionis iam perfectæ, per textum *in l. Meuia ff. de manum. test. l. demonstratio §. vlt., & l. quibus diebus §. Termilius, vbi Bartolus n. 1. ff. de condit., & demonst.* In hoc autem est potissimum differentia inter modum, & conditionem, quod modus, si casu deficiat, legatum, vel alia dispositio non corruit, conditio verò, & si per casum deficiat, facit corruere dispositionem (*Corneus cons. 311. n. 4., & seqq. lib. 1., Durandus de condit., & mod. impossib. part. 5. c. 1. n. 5., & 6., Menochius lib. 4. præsumpt. 146. num. 48., & præsumpt. 184 per totum.*

3 Differentiæ inter conditionem, & modum.

Ioannes *Gutierez de tut., & curat. par. 1. c. 22. nu. 10.*, nulla facta distinctione, an legatum fuerit sub conditione tutelæ, an sub modo absolutè sentit legatum illud, in suppositione, quod munus tutelæ, non possit per legatarium adimpleri, acquiri eidem legatario, nec tolli per non adimplementum eiusdem per textum *in l. ab administratione C. de legat.* atque pro hac sua opinione allegat *Baldum cons. 356. in princip., Angelum cons. 166. si testator post princip., Gratum cons. 84. Arbitror circa fin. in 2. part., Antonium Piaggium de tut., & curat. q. 13. n. 9.*

4 Sententia Gutierez asserentis legatum illud acquiri per legatariũ, si nequeat munus tutelę per ipsum adimpleri.

Respondeo primo, si legatum illud fuerit relictum sub expressa conditione tutelæ suscipiendæ, & administrandæ adhuc legatarius, qui nequit illam conditionem adimplere, consequitur illud legatum; & hoc expresè habetur *in d. l. ab administratione C. de legat.* in terminis præsentis disceptationis, Ibi- *Ab administratione tutelæ Religio Sacramenti, Marcellum, quem vobis tutorem à Patre datum, eripit. Quæ res quo minus legatum consequatur, non impedit*; & ibi rationem adducit Alexander, quia cum illa conditio adimplementi tutelæ in casu quo legatarius est addictus militiæ, sit impossibilis, de iure non vitiat legatum; sed ipsa vitiatur, & eijcitur, per textum *in §. impossibilis instit. de hæred. instit, & l. reprendenda ff. de instit., & subst.*

5 Etiam, si legatum sit relictum sub expressa conditione tutelæ legatarius illud consequitur, si nequeat cõditionem adimplere.

Neque obstare potest textus *in l. si militem C. de condit. ob caus.* vbi expresè dicitur, quod, si quis conduxerit militem ad eius negotium peragendum, & ob id pecuniam eidem erogauerit, & miles obstantibus ipsi legibus negotium illud peragere non potuerit, possit idem conductor quidquid ob causam datum est causa non secuta ministerio Iudicis repetere, ergo etiam, si quid fuerit legatum militi iniuncto eidem onere gerendi tutelam, si obstantibus iuribus non possit gerere, obtinere non poterit illud legatũ, & quidem à fortiori, si etenim in casu negotij non gesti potest conductor solutum repetere, in casu tutelæ non adimpletæ poterit hæres legantis legatum nõ soluere. Non, inquam, obesse potest, tum quia, vt notat *Glosa in d. l. ab administratione C. de legat.* in casu *d. l. si militem*, qui conduxit militem ad eius negotia gerenda tanquam procuratorem, ignorauit eius conditionem, quem conduxit; in casu autem *l. ab administratione* eius conditionem nouit testator; tum quia aliud est, quod detur sub conditione impossibili, aliud quod detur ob causam impossibilem; si detur sub conditione impossibili non vitiat dispositionem, sed ipsa vitiatur, quod autem datur ob causam impossibilem repetitur ob condictionem ob causam, cum causa non possit impleri, vt habetur *in d. l. si militem C. de condict. ob caus.*; nostra responsio procedit de conditione impossibili, textus àutem *in d. l. sed militem*, procedit ob causam impossibilem, tum quia conditio impossibilis adiecta in contractibus, tàm bonæ fidei, quam stricti iuris illos vitiat; adiecta verò in vltimis voluntatibus habetur pro non scripta, & illas non vitiat regularitèr, vt latè declarat *Durandus de condit., & mod. impos. part. 2. c. 1. per totum ad n. 116., Altogradus cons. 77. n. 15., & seq. lib. 2., et alij.*

6 Explicatur textus *in l. si militem C. de condit. ob caus.*

7 Aliud est, quod detur sub conditione impossibili, aliud quod detur ob causam impossibilem.

Respondeo secundo, si legatum illud fuerit relictum sub modo tutelæ suscipiendæ, & administrandæ etiam regulariter loquendo legatarius, qui non potest illum modum adimplere, illud cõsequitur. Rationem ex eo deduco, quia in vltimis voluntatibus, & legatis parum differt modus à conditione, licet secus se habeat in contractibus, cum modus sit causa finalis dispositionis *Crauetta cons. 59. nu. 4., Antonius Faber in suo Cod. lib. 6. tit. 22. def. 2. n. 3.* immo modum in legato pro cõditione obseruari textus est *in l. 1., & 2. C. de his, quæ sub mod. Vuesenb. in parat. de condit., & demonst. n. 9.*; si ergo legatum sub conditione impossibili non vitiatur, nec vitiandum videtur relictum sub modo impossibili.

8 Etiam, si legatum fuerit relictũ sub modo adhuc legatarius illud acquireret.

§. XXVII.

§. XXVII.

An, si quis se excuset à tutela datiua, amittat legatum sibi in testamento factum sine aliquo onere.

SUMMARIUM.

Factum in suis terminis expositum. 1.
Rationes suadentes illud legatum amittere. 2.
Ad hoc maximè facit textus in auth. de hæred., & falcid. §. his igitur à nobis. 3.
Legatarius recusans, seu se excusans à tutela suscipienda à Iudice sibi collata, non amittit illud legatum. 4.
Soluitur argumentum deductum ex d. auth. de hæred., & falcid. 5.
Soluitur aliud argumentum deductum à motiuo neglectæ beneficentiæ. 6.

1 Disquisitio XXVII. Innuimus in præcedentibus, quod tutor testamentarius, vbi à iure non impeditur ad assumendam tutelam recusans tutelam, vel se excusans ab ea suscipienda, amittat legatum, & quidquid à testatore erat sibi in testamento relictum, per textum *in l. Nesennius vers. rectè, & in l. tutor peritus §. 1. ff. de excus. tut., & l. 1. vers. certè ff. vbi pupill. educ. deb. l. post legatum § amittere ff. de his quib., vt indig.* Modo supponimus, quod quis non fuerit tutor datus in testamento, sed quod per testatorem eidem fuerit legatum relictum sine vllo onere, & multo minus sine onere tutelæ. Deindè supponimus, quod à Iudice præmissa debita inquisitione facta etiam ad petitionem matris, vel proximiorum in gradu fuerit eidem decreta tutela filiorum impuberum illius, qui sibi legatum reliquit, & quod eandem tutelam recusauerit, seu se excusauerit ab eadem recipienda, & postea inquirimus, an ratione talis recusationis, seu excusationis intelligatur ius amisisse ad illud legatum?

Exponitur casus in suis terminis.

2 Videtur prima fronte dicendum ob talem recusationem, seu excusationem amisisse ius ad illud legatum, quandoquidem non videtur dignus beneficentia Patris, qui beneficentiam in filios eiusdem conferre recusat; atque hoc videtur congruere cum textu *in auth. de hæred., & falcid. §. his igitur collat. prima, & in auth. hoc amplius C. de fideicommiss.* vbi legatarius priuatur quocunque legato, seu iure sibi relicto à testatore, siue illud fuerit relictum contemplatione compensandi oneris tutelæ, siue quocunque alio titulo, si tutelam non assumat; Si ergo amittit legatum nō assumendo tutelam quantumuis non fuerit collatum contemplatione eiusdem tutelæ, sed quocunque alio titulo, videtur etiam amittere idem legatum, si non assumat tutelam, quantumuis non à testatore, sed à Iudice eidem fuerit collata, ratio etenim, cui innititur textus *in d. auth. de hæredit., & falcid. §. his igitur*, non est, quia non adimplet onus, contemplatione cuius fuerit relictum legatum, cum supponatur in eodem textu cadere etiam ab eodem legato, quantumuis hoc non fuerit relictum contemplatione eiusdem tutelæ, sed quia se excusando, seu recusando illam tutelam exhibet quandam ingratitudinem erga suum benefactorem testatorem, quæ ratio videtur etiam militare in præsenti hypothesi, qui etenim recuset beneficium conferre filijs, videtur ingratè se gerere erga eorum Patrem. His tamen minimè obstantibus.

Rationes suadentes illud legatum amittere.

3 *Exponitur textus in auth. de hæred. & falcid. §. his igitur à nobis, vt huic rei accomodus.*

4 Respondeo, Legatarium recusantem, seu se excusantem à munere tutelæ non à testatore, sed à Iudice sibi collatæ non amittere legatum sibi à testatore relictū sine vllo onere tutelæ, *Baeza de decimis tut. c. 5. n. 38. per totum, Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 22. nu. 16.* Expressè deducitur ex textu *in l. ex his apparet ff. de excus. tut.* vbi (excipiendo ab ijs, quę prius fuerant dicta *in l. Nesennius ff. eod. tit.*, vbi, quod tutor datus in testamento, cuique à testatore fuit relictum legatum, hoc legatum amittat, si non subire tutelam) dicit, *Ex his apparet non esse his similem eum, quem Prætor tutorem dedit, cum posset vti immunitate*, statimque subdit rationem; *hic enim nihil contra iudicium fecit testatoris*.

Legatarius per recusationem tutelæ à Iudice collatæ, nō amittit illud legatum.

Rationes pro hac responsione.

5 Atque ex his, quæ dicuntur in hoc textu manifestè elucet, quid respondendum sit ad ea, quæ dicuntur ex textu *in d. auth. de hæred., & falcid. §. his igitur à nobis collat. 1.*; hæc etenim procedunt quoad tutelam ab eodem testatore legātę relictam in testamento, à qua, si se excusat legatarius, ob neglectum voluntatis eiusdem testatoris vtique legatum amittit, quandoquidem indignus videtur, vt voluntas eiusdem testatoris erga ipsum seruetur, dum ab eadem voluntate ipse discordat; Neque vrgent ea, quæ ex eodem textu fuerunt deducta; nempe, quod, cum legatum fuerit relictum independenter ab onere tutelæ, parum referre possit, quod tutela fuerit collata, siuè à Patre, siuè à Iudice, cum semper appareat de neglectu eiusdem patris; non

Soluitur argumentum deductum ex d. auth. de hæredit., & falcid.

non enim curare videtur de eodem, qui non curat de eius filijs, in quibus ipse quoquo modo conseruatur. Non vrgent, inquam, quia cum pater eundem legatarium non constituerit in testamento tutorem videtur noluisse hoc onus illi imponere, adeoque legatarius illud recusans, seu se excusans ab illo, dum à Iudice confertur, nec contra voluntatem implicitam eiusdem testatoris videtur delinquere. Deindè, cum lex priuans tutorem recusantem tutelam filiorum legato per testatorem eidem relicto sit pænalis, & odiosa, est in stricto sensu intelligenda, adeoque solum quoad tutorem testamentarium, de quo loquitur textus, non extendenda ad datiuum, de quo non loquitur textus.

Ad illud, quo dicitur, quod indignus sit beneficentia patris, qui beneficentiam in filios exercere recusat, dicendum est

6 Soluitur aliud argumentum deductum ex motiuo neglectæ beneficentiæ.

non procedere, quando beneficentia patris iam est collata independentèr a quocunque onere erga filios, nam tunc per negationem beneficentiæ erga filios non demitur ius iam acquisitum ex beneficentia patris, cum hoc nullam habeat connexionem iustitiæ cum beneficentia conferenda per eum, cui Pater beneficiũ contulit, filijs eiusdem, sed solummodo cuiusdam honestatis, & congruentiæ, quæ secum non confert illam priuationem.

---

§. XXVIII.

An, re vera tutor testamentarius amittat legatum sibi à testatore relictum etiam sine onere tutelæ, si eandem tutelam recusat.

SVMMARIVM.

Series disquisitionis deductus ex præcedentèr dictis. 1.
Refertur textus in l. Nesennius ff. de excus. tut. 2.
Item textus in auth. de hæred., & falcid. §. his igitur, & in auth. hoc amplius C. de fideicom. 3.
Sententia asserens per d. auth. de hæred., & falcid. *intelligi correctam* d. l. Nesennius. 4.
Non sit correctio d. l. Nesennius. 5.
Legatum relictum ex alia causa à munere tutelæ non amittitur, si legatarius non assumat tutelam. 6.
Quomodo intelligendus sit textus in d. auth. de hæred., & falcid. 7.

Disquisitio XXVIII. In præcedentibus memini, me attigisse, quod, si testator alia contemplatione aliquid reliquerit tutori testamentario, quam ob compensanda onera tutelæ, & tutor testamento datus recusauerit, seu se excusauerit ab onere eiusdem tutelæ, non priuetur eodem legato, quod videtur etiã expressè colligi ex textu *in l. Nesennius ff. de excus. tut.* Ibi *Non semper tamen existimorum, qui onus tutela recusanit, repellendum à legato, sed ita demum, si legatum ei ideo adscriptum appareat, quod eidem tutelam filiorum iniunxit, non quod alioqui daturus esset etiam sine tutela.* Modo aduersus ea, quæ ibi dicta sunt non leuis insurgit ratio dubitandi in textu *in auth. de hæred. & falcid. §. his igitur à nobis collat. 1. & ex auth. hoc amplius C. de fideicom.* vbi disponitur, quod *illi, qui ab aliquibus scripti sunt hæredes, aut meruerunt fideicommissa per vniuersitatem forsan, aut per speciem, aut legatum necessitatem habere quæcunque testator, & honorans eos disposuerit omni modo ea complere*, vbi absolute præcipitur adimplementum voluntatis testatoris in omnibus, & quibuscunque expressis in testamento sub pæna priuationis legati, hæreditatis, seu fideicommissi, nec ibi vlla fit distinctio, an legatum fuerit relictum contemplatione oneris iniuncti, an ex alio titulo, & causa; vnde hic difficultas oritur, an per hunc textum *in auth. de hæred. & falcid. §. his igitur à nobis* intelligatur correctus textus *in d. l. Nesennius ff. de excus. tut.*, & ea, quæ in præcedentibus fuerunt a nobis insinuata.

1 Exponitur facti.

2 Refertur textus in l. Nesennius ff. de excus. tut.

3 Item textus in auth. de hæred. & falcid. & auth. hoc amplius C. de fideicom.

Per hoc ius nouissimum *in d. auth. de hæred. & falcid.* intelligi correctum præfatum ius *in l. Nesennius*, & præcedentèr à nobis dicta statuunt *Iacobus de Bellouiso in d. auth. de hæred. & falcid. in vlt. opposit.*, *Menesius in d. auth. hoc amplius C. de fideicom*, *Bartolus*, & *Baldus in l. si legatarius C. de legat.*, *Ludouicus Romanus cons. 235. in vers. est igitur videndum, & in cons. 270. in vers. sed ad hoc respondetur*, *Antonius Piaggius de tut. & curat. q. 13. num. 1. & 2.*, *Baecca de decim. tut. c. 5. num. 37.*, *Surdus de aliment. tit. 8. priuileg. 15. num. 4.*, qui omnes mouentur ex dispositione d. textus *in auth. de hæred. & falcid. §. his igitur à nobis*. Nihilominus persistendo in iam statutis, seu saltem alibi insinuatis.

4 Sententia asserens per d. auth. de hæred. & falc. corrigi d. l. Nesennius.

Respondeo, per hoc *auth. de hæred. & falcid.* non intelligi correctum ius *in d. l. Nesennius ff. de excus. tut.*, nec legatum relictum ex alia causa ab onere iniuncto tutelæ amitti ex eo, quod legatarius eandem tutelam recusauerit. *Salicetus in l. fin. num. 6. C. de fideicom.*, *Antonius Piag-*

5 Per d. auth. de hæred. & falc. non corrigitur in d. l. Nesennius.

gius

gius de tut. & curat. q. 10. num. 3. & 4., qui, quamuis iuxta præcedenter notata dixerit contrariam opinionem communiorem esse, asserit tamen modo, quod ab hac nostra sententia non est recedendũ nec in consulendo, nec in iudicando; Neque ab hac dissentit *Ioannes Gutierez. de tut. & curat. part. 1. c. 22. num. 14. circa finem*. Rationem ex eo deduco, quia nunquam est inducenda correctio iurium, vbi non sit expressa mentio legis corrigendæ, cum correctio legum in dubio sit vitanda per textum *in l. si quando 35. C. de inoffic. testam. & l. 1. C. de inoffic. dot. & l. præcipimus 32. in fin. C. de appel.*, *Romanus cons. 40. visis num. 5. & cons. 57. in causa vertente num. 2. & 3. & cons. 322. in causa num. 2.*, vbi subdit procedere etiam, si lex posterior contraria habeat clausulam derogatiuam *non obstante*, quia adhuc correctio non sumitur, si potest fieri conciliatio, & extendit, quando etiam esset dictio *tantum* taxatiua *Piccardus Instit. in princip. de l. falcid. nu. 34.*, *Moneta de distrib. quotid. part. 2. q. 11. n. 29.*

6 Legatum relictum ex alia causa à munere tutelæ, nõ amittitur, si legatarius non assumat tutelam.

Correctio legũ est vitanda.

Quibus pro maiori suppositis; consideremus iam pro minori, quæ disponuntur *in d. auth. de hæred. & falcid. §. his igitur à nobis*, & videamus, an ex verbis eiusdem inducatur necessario correctio, ita vt non possit vitari, Ibi hæc expresse habentur *Necessitatem habere quæcumque testator, & honorans eos disposuerit omnimodo ea complere*. Hæc verba certe inducunt necessitatem adimplendi ea, quæ fuerunt per testatorem disposita, sed hæc intelligenda sunt vbi aliter non fuerit dispositum, cum secundum se non inducant eius correctionem, & voluntas testatoris adimplenda est; non enim præsumendum est vt notat *Ioannes Gutierez. d. c. 22. n. 14.*, quod textus *in d. auth. de hæred. & falcid. §. his igitur à nobis* voluerit alligare manus testatoris, quominus posset de suo liberè disponere, quia non solum per hoc fieret correctio *d. l. Nesennius ff. de excus. tut.*, sed etiam aliorum iurium dicentium voluntatem testatoris quoad dispositionem de rebus suis haberi pro lege vt signanter disponitur *in auth. de nuptijs §. disponat*, nec dubitandum est, quod testator voluerit legatum locum habere non obstante, quod legatarius nolit tutelam suscipere, quando legatum contulit independenter a quocunque onere tutelæ.

7 Quomodo intelligendus sit textus *in d. auth. de hæred. & falcid.*

§. XXIX.

Quid sentiendum sit de tali legato in dubio, quod factum fuerit contemplatione oneris tutelæ, vel ex alia causa.

SVMMARIVM.

Exponitur quæsitum, & eius ratio. 1.

Procedit ex suppositione, quod nec ex præcedentibus, nec ex subsequentibus possit dubium resolui. 2.

Sententia asserens præsumendum esse legatum factum fuisse ex alia causa à munere tutelæ. 3.

Præsumendum est factum contemplatione muneris tutelæ. 4.

Rationes, & iura pro hac responsione. 5.

Disquisitio XXIX. Iam patet ex dictis in præcedenti paragrapho, quod, si legatum fuerit tutori testamentario non contẽplatione muneris iniuncti tutelaris, legatarius illud consequatur non obstante, quod ipsam tutelã recusarit, vel a munere ipsius se excusarit, per quod restringitur regula generalis, secundum quam dicitur, quod tutor testamentarius recusans tutelam priuetur legato, & quocunque per testatorem disposito in ipsius fauorem. Modo supponimus, quod ex verbis eiusdem testatoris constituentis tale legatum argui certo non possit, an eiusdem mens in tali dispositione fuerit relata ad munus tutelæ, quatenus facta fuerit contemplatione eiusdem, an ad aliquam aliam causam, ratione cuius contulisset, quantumuis tutelam eidem legatario non demandasset, & inquirimus, quid in tali dubio sit concludendum?

1 Exponitur, in quo sensu procedat quæsitũ.

Procedit titulus in suppositione, quod ex præcedentibus, vel subsequentibus, alijsque concurrentibus coniecturis non possit determinatè euinci, ad quem effectum fuerit relata mens eiusdem testatoris in tali dispositione, si etenim euinci posset ad quid determinatè referatur, iuxta illud erit resoluendum, & dirimenda quæstio, cum in similibus arguere a coniecturis non sit rationi dissonum.

2 Procedit ex suppositione, quod dubium nec ex antecedentibus, nec ex subsequentibus possit resolui.

Videtur asserendum, quod in tali dubio dispositio legati facta fuerit ab aliam causam ab onere tutelæ, & propterea non obstante recusatione eiusdem tutelæ legatarius legatum illud acquirat, eo quod legatum alio non apparente intelligatur factum ex affectu legantis

erga

3 Sententia præsumens legatum factum fuit se ex alia causa à munere tutelæ. erga legatarium, & in dubio semper benigniora præsumuntur per textum *in c. vlt. de præsumpt. l. semper 56. ff. de reg. iuris*, benignius autem est respectu legatarij, quod legatum intelligatur factum alia contemplatione ab onere iniuncto. His tamen minimè obstantibus.

4 Præsumendum est factũ contemplatione muneris tutelæ. Respondeo, præsumendum esse legatum factum contemplatione oneris tutelæ annexi. Consentiunt *Surdus decis. 38. ferè per totum, Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 22. nu. 13. & 14. in fine, Carolus Ruinus decis. 38. num. 3. vol. 2.* Ratio est, quia in dubio onus censetur causa legati per textum *in l. Nesennius ff. de excus. tut.*, quod clarius habetur *in l. sed hæc nimium ff. eod.*, quæ est immediatè sequens *post d. l. Nesennius, & l. illis libertis in fin. ff. de condit. & demonst. Doctores in l. 1. C. de legat., Decius cons. 485. Caphalus cons. 429. num. 13.*; tunc autem onus dicitur esse causa finalis legati, quãdo respicit fauorem, & commodum, non legatarij, sed testatoris, vel alicuius tertij *Angelus cons. 129. num. 3. vers. præterea post Bartolum, & Castrensem in l. 2. §. fin. ff. de donat., Crauetta cons. 243. nu. 2. & 3., Mantica de coniecturis vlt. vol. lib. 6. tit. 14. num. 14. in fin.*, & ad hoc innumeros allegat *Tiraquel in tract. cessante causa in prima limit. num. 52.*; vnde meritò dicitur

5 Rationes, & iura pro hac responsione. *in d. l. sed hæc nimium ff. de excusat. tut.*, (vbi eum in præcedenti *l. Nesennius* plura appofuisset, quibus dignosci poterat, quod legatum non fuerit factum occasione, seu contemplatione tutelæ) meritò, inquam dicitur, *quod prædicta sint nimium scrupolosa, nec admittenda, nisi euidenter Pater expresserit, velle se dare, etiam si tutelam non administrauerit; semper enim legatum aut antecedit, aut sequitur tutelam*; ex quibus omnibus congruè deducitur, quod, vbi expresè non constat de mente testatoris, semper præsumendum sit, quod onus tutelæ sit causa finalis legati.

---

§. XXX.

Ex quibus coniecturis argui possit, quod legatum non fuerit factum contemplatione tutelæ.

SVMMARIVM.

Sensus disquisitionis expositus. 1.
Exponuntur variæ coniecturæ. 2.
Si ille, cui fuit legatum relictum, & iniuncta tutela, fuerit consanguineus testatoris, & eidem maximè charus, præsumendum est, quod legatum fuerit contemplatione consanguinitatis. 3.
Limita in casu, quo essent alij consanguinei aequè coniuncti, & chari. 4.
Si legatum factum fuerit in testamento, & legatarius constitutus fuerit tutor in codicillo, probabilius bic tutor amitteret legatum, si tutelam recusaret. 5.
Nisi aliunde constaret, quod testator fuisset legatum collaturus, etiam independentèr à munere tutelæ. Ibid.
Tollitur coniectura contraria desumpta ex eo, quod legatum fuerit prius positum sine vlla relatione ad munus tutelæ. 6.
Tollitur etiam obiectum, quo dicitur, non esse necessariam expressionem, quod testator esset collaturus legatum etiam sine onere tutelæ. 7.
Si per testatorem fuerit relictum legatum tutori testamentario cum onere illud restituendi, & deinde idem tutor fuerit substitutus, recusando tutelam perdit legatũ, non tamen ius substitutionis. 8.

Disquisitio XXX. Iuxta præcedenter dicta, vbi non constat de mente testatoris, vel per expressa verba, vel per intrinsecos intellectus, an potius referatur ad onus tutelę, vel ad aliquem alium finem, dispositio refertur ad idem onus tutelæ, & ipsum præsumitur causa finalis eiusdem legati; Sed quomodo saltem coniecturaliter argui possit, quod ad vnum potius, quam ad aliud referatur, statutum non est, ideo in præsenti proponimus inquirendum, quænam coniecturæ potius pro vno fine, quam pro alio possint inclinare. 1 Sensus disquisitionis expositus.

Plura sub hoc titulo iuxta pluralitatem coniecturarum veniunt examinanda, & primo, si tutor testamentarius fuerit consanguineus eiusdem testatoris, cui per eundem testatorem relictum fuerit legatum, an præsumendum sit legatum eidem factum intuitu oneris tutelę adiecti, an verò contemplatione consanguinitatis. Secundo, an, si per testatorem in testamento factum fuerit alicui legatum, & deinde in codicillis ipse fuerit constitutus tutor, legatum intelligatur intuitu oneris, an verò alterius causæ independentèr ab eodem onere. Tertio, an, si tutori in testamento deputato fuerit legatum relictum cum grauamine illud restituendi, intelligatur factum intuitu oneris tutelæ adiecti, an verò intuitu alicuius alterius causæ? 2 Exponuntur variæ coniecturæ.

Respondeo primo. Si ille, cui relictum est legatum adiecto illo onere tutelæ fuerit consanguineus, & idem optimè præcesserit charus eiusdem testatoris, valde probabile est, quod legatum fue-

sit potius factum contemplatione consanguinitatis, quam tutelæ suscipiendæ, & administrandæ. *Spino in suo specul. testam. glos.29.num.26., Coarruuias c. 10.n.3. de testament., Ioannes Gutierez. de tut. & curat.part.1.c.22.nu.12.* Adducunt pro confirmatione textum *in l.tutor petitus ff. de excusat. tut. §. qua tutoribus*, sed hic textus solum loquitur de legato relicto filio maiori, cui commendata est tutela alterius filij, & respectiuè fratris impuberis, vnde non videtur facienda extensio ad alios consanguineos remotiores; vnde potius refunderem rationem huius responsionis in singulari illa affectione, qua testator prosequebatur tutorem sic datum coniuncta cum consanguinitate etiam antecedentèr ad testamentum, & illam destinationem tutelæ.

3 Si legatarius fuerit consanguineus, & charus testatoris præsumendum est, quod legatum fuerit contemplatione consanguinitatis.

Limitarem tamen in casu, quo adessent alij consanguinei æquales in gradu, nec antecedenter apparuerit de maiori propensione versus illum, qui datus est, ac erga alios; tunc etenim congruè non videtur referri illud legatum ad rationem consanguinitatis, cum eadem ratio militaret quoad alios etiam, quibus tamen non est collatum simile legatum, sed ad compensationem oneris iniuncti. Propter hanc rationem fortè *Iacobus de Belouiso in §. omnibus in auth. de hæred. & falcid., Bartolus, & Baldus in l.legatarius C. de legat.* dixerunt, quod etiam coniunctus, si tutelam testamentariam recusauerit, amittat legatum sibi à testatore relictum, quod certè intelligendum videtur solum, quando præter consanguinitatem, & coniunctionem in sanguine non præcesserunt signa aliqua singularis familiaritatis, & propensionis in ipsum.

4 Limita in casu, quo essent alij consanguinei æquè coniuncti, & chari.

Respondeo secundo. Si legatum factum fuerit in testamento, & legatarius fuerit constitutus tutor in codicillis, probabilius, nisi aliunde constet, quod testator fuisset legatum collaturus etiam independentèr ab onere iniuncto tutelæ, amitteret illud legatum, si tutelam recusaret. *Glosa in d. l. Nesennius in expositione casus ff. de excus.tut.*, vbi notat, quod dispositio in hac lege, secundum quam dicitur, quod, quando testator alias esset daturus legatum etiam sine tutela, rectè procedat, non tamen rectè procedat exemplum, quod ad huius dispositionis confirmationem adducitur, cum retractetur per legem sequentem. Expressè deducitur *ex l. sed hæc nimium*, quæ est immediatè subsequens *ad l.Nesennius ff. de excusat.tut.* vbi præcedentes dicta *in d. l.Nesennius* tanquam nimium scrupulosa reijciuntur, & reprobantur, quæ certè reiectio, & reprobatio potissimum referatur ad exemplum ibidem adductum, quod est de eo, cui primo in testamento factum est legatum, & postea scriptus est tutor in codicillis; & postea subdit prædicta non esse admittenda, *nisi euidenter pater expresserit, velle se dare etiam si tutelam non administrauerit*.

5 Si legatū factum fuerit in testamento, & legatarius constitutus fuerit tutor in codicillo hic amittit legatum, si tutelam recuset.

Intellige, nisi aliunde constaret, quod testator fuisset legatum collaturus independentèr à munere tutelæ.

Neque dicas in præsenti hypothesi sufficientèr constare de mente testatoris, quod voluerit legatum dare etiam independentèr à tutela, cum primo posuerit legatum sine vllo onere, & fortassis, nec etiam cogitans de tutela, & postea in codicillis illud onus tutelæ adiecerit; si etenim legatum ordinasset ad onus tutelæ, tanquam ad causam finalem eiusdem legati, vtique in eodem contextu testamenti apposuisset; Contra enim impugnaberis, quia cum in eodem textu *l. sed hæc nimium ff. de excus. tut.* dicatur *Semper enim legatum aut antecedit, aut sequitur tutelam*, tollitur vis huius obiecti; cum enim dicatur, quod semper antecedit vel subsequitur, non videtur referre, quod legatum fuerit in testamento, & constitutio tutoris in codicillis. Quod, si instes, quod nullo modo possit intelligi legatum factum contemplatione tutelæ, cum primo fuerit positum sine vlla conditione, quinimmo sine vlla mentione eiusdem oneris; vnde, si fortè contingeret mors testatoris ante editum codicillum, non posset esse dubium, quin illud legatum deberetur legatario, quantumuis non assumeret tutelam, adhuc confutaberis; tum quia ex tunc, quando fuit ordinatum legatum potuit esse relatum ad illud onus, licet vel ex incuria, vel ex obliuione non fuerit expressum; tum quia, quamuis ex tunc non fuerit ad illud onus relatum, potuit ad illud referri pro tempore conditi codicilli, cum quousque testator vixerit, potuerit semper vel clarius suam voluntatem explicare, vel mutare; vnde saltem videtur adhuc remanere dubium, ad quem finem eius voluntas fuerit ordinata, & sic subintrat dispositio *d.l. sed hæc nimium*, quod scilicet requiratur euidens expressio, quod alias esset relicturus etiam sine onere tutelæ, quod non euenit in præsenti hypothesi, ac proinde non est, cur non debeat amittere legatum, si tutelam recusauerit.

6 Tollitur coniectura contraria desumpta ex eo, quod legatum fuerit prius positum sine vlla relatione ad munus tutelæ.

Dices vlterius, quod supposita necessitate huius euidentis expressionis, quod etiam esset collaturus sine onere tutelæ ad effectum, vt in casu recusationis tutelæ non priuaretur iure legati, etiam in casu legati relicti consanguineo, & maximè familiari eiusdem testatoris ipse legatarius recusans tutelam priuaretur

eodem

eodem legato, cum non constaret de hac euidenti expressione, quod est contra superius dicta. Sed contra, quia illæ particulæ, *nisi euidenter pater expresserit &c.* positæ *in d. l. sed hac nimium*, non ita strictè, & scrupulosè accipiendæ sunt, vt standum sit præcisè verbis materialiter, & excludant quamcunque consonam, & æquiualentem interpretationem, quã ex concurrentibus possit inferre mens eiusdem testatoris conferendi sine onere tutelæ, prout militare videtur in casu nimiæ illius propensionis eiusdem testatoris in consanguineum datum in tutorem. Neque ab hac explicatione recedendum videtur ex dispositione textus *in d. l. sed hac nimium*; quandoquidem hic textus refertur solum ad excludenda ea, quæ fuerant dicta in præcedenti lege de eo, cui prius in testamento fuerat relictum legatum, & postea in codicilis commendata tutela; quod colligitur ex subsequentibus verbis *Semper enim legatum antecedit, aut sequitur tutelam*, quæ referri nequeunt ad relictum ob consanguinitatem coniunctam cum speciali propensione erga legatarium, adeoque non est facienda extensio.

7 Tollitur etiam obiectũ, quo ostẽditur non esse necessariam expressionem, quod testator esset collaturus legatum etiam sine onere tutelæ.

Rationes e alis confutationis.

Respondeo tertio. Si per testatorem legatum fuerit tutori testamentario cum onere illud restituendi, & subinde idem tutor fuerit substitutus, repudiando quidem tutelam perdit legatum, non tamen perdit ius substitutionis. Hoc expressè deducitur ex textu *in l. amicissimos ff. de excus. tut.*, & in hoc omnes consentiunt.

8 Tutor testamentarius recusando tutelam amittit quidẽ legatum, non ius substitutionis.

---

§. XXXI.

An, quando tutela alij datur, censeatur ademptum legatum primo tutori factum.

SVMMARIVM.

Facti series exposita. 1.

Considerabilia circa factum. 2.

Si testator dixerit, se velle prius testamentum in toto reuocare nec subsistit legatum, nec tutela. 3.

Si dixerit se velle solum reformare, tunc testamentum primum in omnibus subsistit, præterquam in illis, in quibus facta fuit expressa reuocatio. 4.

Si condiderit secundum testamentum non reuocato primo sententia asserens primum subsistere, & solum desinere in ijs, quæ fuerunt expressè reuocata in secundo. 5.

Probabilius intelligitur primum reuocatum. 6.

Illud legatum supponitur factum contemplatione tutelæ, adeoque adempta tutela præsumitur ademptum, & legatum. 7.

Si primum testamentum fuerit solum reformatum per constitutionem noui tutoris non intelligitur primus reuocatus, sed facta additio secundi. 8.

Eadem ratio est de duobus tutoribus datis in duplici testamento, & de duobus vno in testamento, altero in codicillo. 9.

Si primus tutor datus in primo testamento non fuerit reuocatus per secundum datum in secundo, legatum positum in primo testamento, & non repetitum in secundo probabilius est communicandum inter vtrumque. 10.

Ratio, ob quam illud legatum est diuidendum inter vtrumque, non nouum constituendum pro secundo ad normam primi. 11.

Si primo tutori non fuerit legatum relictum, benè tamen secundo, hoc erit diuidendum inter vtrumque. 12.

Intellige, nisi constet factum ex speciali causa solum in fauorem secundi. Ibid.

Si in primo testamento legatum reliquerit tutori primo, & deinde in secundo æquale alteri, vnum vni, alterum alteri est tribuendum. 13.

Disquisitio XXXI. Titius condito suo testamento vocauit in tutorem filiorum suorum impuberum Semproniũ, quem etiam honorauit legato egregio. Postea nouum condidit testamentum, in quo alium tutorem eisdem filijs destinauit. Excitata hic fuit controuersia, an illud legatum factum Sempronio intelligeretur ademptum per illam destinationem noui, seu alterius tutoris, an vero adhuc deberetur Sempronio legatario?

1 Exponitur status disquisitionis.

Plura veniunt sub hoc titulo examinanda, & primo, an per illud secundum testamentum, in quo constituit nouum tutorem filijs, reuocauerit primũ quoad omnia. Secundo, ex suppositione, quod quoad legata non fuerit reuocatum, an illud legatum intelligatur factum contemplatione oneris tutelaris, an vero alicuius alterius causæ, quæ adhuc vigeat. Tertio, an per nouam destinationem noui tutoris intelligatur primus reuocatus, an non? Quarto, ex suppositione, quod non intelligatur reuocatus primus, an legatum debeat communicare cum secũdo, an non? Quinto, an in suppositione, quod primus tutor non intelligatur reuocatus per secundum, si secundo factũ fuerit idem legatum, hoc debeatur secũdo excluso primo, an diuidendum sit inter vtrumque, an verò acquisito primo

2 Considerabilia circa factum.

à primo, aliud ſimile debeatur ſecundo.

3 Si dixerit ſe velle in toto teſtamentum reuocare, nec ſubſiſtit legatum, nec tutela in eo conſtituta.

Reſpondeo primo ad primum, reſolutionem pendere ex verbis, quibus teſtator nouum teſtamentum conſtituit, vel enim dixit ſe velle ex toto primum reuocare, vel ſolummodo illud reformare; ſi primum certum eſt, quod primum nullam vim habere poteſt, nec quoad ſubſtantiam, nec quoad contenta in ipſo, cũ teſtator & potuerit, & voluerit irritum declarare, & ſic tutor in eodem datus nec poteſt legatum conſequi, nec tutelam aſſumere, & exercere; Si ſecundum, etiam certum eſt, quod primum ſubſiſtat in ijs omnibus, in quibus expreſsè non conſtat de reuocatione *Natta conſ. 483. per tot., & conſ. 527., Rolandus conſ. 31 vol. 4.* nam reformare eſt partem tollere *l. iuris gentium §. adeo ff. de pact. Gloſa in c. ſtatutum in verſ. reformandum de reſcript. in 6.*, & quod non reperitur ſublatum remanet in ſuo robore *l. Tribunus §. cum aliquis ff. de milit. teſtam. l. alumna §. qui filias ff. de adim. leg.*

4 Si ſolum reformare, tunc primum ſubſiſtit in ijs, in quibus non apparet reuocatio.

Si verò ſupponamus, quod teſtator nouum condiderit teſtamentum, nec tamen primum reuocauerit, & quæramus, an primum intelligatur abſolutè, & ſimplicitèr ſublatum? Tunc *Caphalus conſ. 73. per totum*, videtur aſſerere, non intelligi reuocatum, niſi quoad ea, quæ expreſsè reuocata ſunt in ſecũdo. Quod, ſi eidem objiciatur textus *in l. 3. §. penult. vbi Gloſa in verb. ſcriptus ff. ſi cui plus, quam per leg. falcid.*, vbi dicitur, quod per ſecũdum tollatur primum etiam quoad legata, quod etiam docet *Natta in auth. hoc inter liberos n. 88. C. de teſtam.*; reſpondet, hæc ſolum verificari, quando primum reuocatur expreſsè, non quando ſecundum fit, non expreſsè reuocato primo. Probabilius tamen crederem per ſecundum intelligi abſolutè reuocatum primum, quantumuis de eodem primo non facta fuerit expreſſa mentio reuocatoria, quia in hoc vltima mens eſt attendenda, & ex quo teſtator non confirmauit in aliquo primam videtur in omnibus ab eadem receſſiſſe.

5 Si condiderit ſecundum teſtamentum, non reuocato primo, ſententia docens primum nõ intelligi reuocatũ, niſi quoad ea, quæ ſublata ſunt in ſecundo.

6 Probabilius intelligitur primum reuocatũ per illud ſecundũ.

Reſpondeo ſecundo. Illud legatum factum primo tutori in primo teſtamento, vbi aliud ex legitimis conjecturis non conſtet, præſumitur factum contemplatione oneris tutelaris, adeoque, ſi illud non adimpleat, vel ex eo, quod intelligatur reuocatus in ſecundo teſtamento, vel ex alio capite, non poteſt illud conſequi. Ratio primæ partis ex eo deducitur, quod habetur *in l. ſed, & nimium ff. de excuſ. tut.*, & nos ſupra latè tradidimus *in præcedenti §. 29.*, vbi, quod in dubio ſemper præſumatur legatum contemplatione tutelæ, quod etiam firmarunt *Ioannes Gutierez de tut., & curat. p. 1. c. 22. num. 3., & 14. in fin., Carolus Ruinus decis. 38. num. 3. vol 2., & alij communitèr.* Ratio ſecundæ partis ex eo deducitur, quod ceſſante legati cauſa ipſum quoq; ceſſat legatum, per textum *in l. qui tutelam in princip. ff. de teſtam. tut. l. tutor petitus ff. de excuſ. tut., & l. etiam ſi pactis ff. de legat. 1., & l. poſt legatum §. amittatur ff. de his quib., vt indign.*; hocque communitèr docent ſcribentes *Romanus conſ. 235. num. 1. in fin., Papienſis in forma libelli ad reddend. rationem tutelæ in verb. eidem Ioanni in fin., Decius conſ. 178. nu. 2., & conſ. 192. nu. 4., Ruinus conſ. 38. num. 2., & 3. vol. 2., Caualcanus de tut. nu. 190., Tiraquel in tract. ceſſante cauſ. par. 1. n. 121.*

7 Illud legatum ſupponitur factum contemplatione tutelæ, adeoque adempta tutela, præſumitur ademptum legatum.

Reſpondeo tertio. In ſuppoſitione, quod non fuerit ſimplicitèr reuocatum primum teſtamentum, ſed ſolum reformatum, probabilius per conſtitutionem noui tutoris factam in eodem ſecundo teſtamento, non intelligitur primus reuocatus, ſed facta additio ſecundi. *Surdus decis. 38. n. 21., & ſeqq., Bartolus, Baldus, & Salicetus in l. 2. C. de teſtam. tut., & ibi etiam Iacobus de Rauen., Cinus, & Ioannes Faber*; atque hæc conſonant cum ijs, quæ nos *in præcedentibus docuimus ſub hoc eod. tit. de tut., & curat. 1. prænot. 22. num. 4.* Expreſsè videtur deduci ex textu *in d. l. 2. C. de teſtam. tut.* Ibi- *Et ſi à Patre teſtamento iure tibi tutor datus, eo tẽpore quo hæres extitiſti, in rebus humanis fuit tamen codicillis alius tutor rectè datus eſt, & vterque propter voluntatem teſtatoris tutor erit.* Quod, ſi dicatur, hunc textum procedere ſolum, quando vnus tutor datus eſt in teſtamento, alter in codicillis, quia tunc videntur dati eodem tempore, vndè non videtur procedere, quando in diuerſis teſtamentis datj ſunt, quia vnum reuocat alterum in omnibus iuxta *Nattam in auth. hoc inter liberos num. 88. C. de teſtam.*, ſtatim erit impugnatio attentis ijs, quæ in præcedentibus diximus; non enim ſecundum teſtamentum reuocat primum, quando præcisè reformat, & noſtra reſponſio præcisè procedit in ſuppoſitione, quod primum non fuerit reuocatum ſimplicitèr. Ad illud, quod dicebatur de tutoribus vno dato in teſtamento, & altero in codicillis comparatiuè ad duos datos in diuerſis teſtamentis, dicendum eſt, nullam vim inferre, quãdoquidem eædem rationes militant pro vtroque caſu, vt conſiderauit *Surdus d. decis. 38. n. 22. ex doctrina Cini, & Fabri aliorumque ſupra allegatorum*, cum interſit pupillis plures habere tutores, ſiue dati ſint in diuerſis teſtamentis, ſiue in teſtamento,

8 Si primũ teſtamentum fuerit ſolum reformatum, & in ſecundo fuerit nouus tutor conſtitutus, non intelligitur primus reuocatus, ſed eidem facta additio.

9 Eadem ratio eſt de duobus tutoribus datis in duobus teſtamentis, & de duobus vno dato in teſtamẽto, altero in codicillo.

mento, & codicillis.

10 Si primus tutor datus in primo testamento nõ fuerit reuocatus per secũdum legatum positum in primo testamẽto, probabilius communicandum est vtrique.

Respondeo quarto. Ex suppositione, quod primus tutor datus in primo testamento non fuerit reuocatus per secundum datum in secundo, & quod legatũ fuerit positum in primo testamento in ordine ad primum tutorem, non tamen repetitum in secundo quoad secundum, probabilius est, idem legatum communicandum esse inter vtrumque tutorem. Rationem ex eo deduco, quia iuxta pręacta legatum præsumitur factum intuitu, & contemplatione tutelæ, per textum *in d. l. Nesennius cum l. sequenti ff. de excus. tut.*, ergo, vbi quis fuerit vocatus ad idem onus, intelligendus est etiam vocatus ad æquale emolumentum, quod cõceditur ob idem onus; non enim præsumendum est, quod testator voluerit tutores per ipsum datos esse æquales in onere, & non in emolumento, nisi aliter constet de eius mente; Nec obstat, quod legatum fuerit expressum in ordine ad primum, non autem in ordine ad secundum; Non obstat, inquam, quia, quantumuis de legato in ordine ad secundum non facta fuerit expressio, cum tamen militet eadem ratio, ipsa ratio habetur pro expressione, & prorogatio legatorum etiam coniecturis potest legitimè fieri, per textum *in l. licet Imperator ff. de legat. 1. l. cum proponebatur ff. de legat. 2. Glosa in l. precibus C. de impub.*, *Cephalus cons. 73. num. 22.*

11 Ratio, ob quam illud legatum est diuidendum inter vtrũq; non nouũ constituẽdum pro secundo ad normam primi.

Si autem quæras, eur potius non intelligatur implicitè constitutum nouũ, & æquale legatum comparatiuè ad primum, quam, quod dicatur constitutum primo esse æqualitèr diuidendum inter vtrumq; tutorem? Tunc dicam, quod ex vna parte constat de mente testatoris restricta ad quantitatem determinatam legati; & ex alia parte, cum præsumatur testator magis diligere hæredem, quam legatarios, præsumatur etiam, quod noluerit eundem grauare ex eo, quod tutores multiplicauerit. Deindè, cum onus iam vni impositum diuiserit in duos, etiam emolumentum videtur in eosdem duos voluisse diuidere.

12 Si primo tutori nõ fuerit legatum relictum, bene tamen secundo hoc etiã erit inter vtrunque diuidendum.

Hinc fas erit deducere, quod, si primo tutore in testamento constituto eidem nullum legatum reliquerit, & deindè in secundo testamento altero tutore constituto legatũm assignarit seruata proportione videatur vtrique legatum illud implicitè assignasse, vtique inter eosdem diuidendum, nisi ex aliqua speciali circumstantia præsumatur solum voluisse secundum honorare; & ratio ex eodem principio deducitur, quo fuit deducta hæc quarta responsio, quia, cũ vtrumque vocauerit ad æquale onus, censendus est voluisse vocare ad æqualem fauorem, & emolumentum. Nisi constet factũ specialiter in fauorem secundi.

13 Facto legato tutori in primo testamẽto, & altero æquali in secundo vnũ vni, alterum alteri est tribuẽdũ.

Quid vero sentiendum sit, si primo tutori constituto in primo testamento legatum reliquerit, & deindè in secundo testamento æquale legatum secundo tutori contulerit, an tunc præsumendum erit, quod duo legata æqualia in quantitate in vtroque testamento enunciata vnum vni, & alterum alteri contulerit, an vero idem æqualitèr inter vtrumque diuidendum? Censendum est in hac hypothesi, intelligi duo legata in enunciata quantitate debita vnum vni, alterũ alteri; atque hæc videtur expressa mens testatoris, qui, ex quo diuisim vtrumque legatum reliquerit sine vlla exceptione, & restrictione, videtur illud multiplicasse, nec in hoc arbitrarer hæsitandum, nam, si testator voluisset vnum, & idem legatũ diuidendum esse inter vtrumq;, in secunda dispositione se retulisset ad primum quoad idem legatum, non verò secundum addidisset sine relatione ad ipsum.

---

§. XXXII.

An tutor datus sub conditione, quæ defecit, sit verè tutor.

SVMMARIVM.

Exponitur sensus disquisitionis. 1.
Iura suadentia tutorem illum non sustineri. 2.
Adhuc in hac suppositione conditio pendet. 3.
Conditio expressa apposita à testatore debet adimpleri secundum formam præscriptam. 4.
Altero ex tutoribus testamentarijs recusante tutelam aperitur locus legitimo. 5.
Facta recusatione per alterum ex tutoribus testamentarijs tutor subrogatus sustinetur, vt tutor. 6.
Substitutio, quæ talis facta in vnum casum, extenditur etiam ad alterum. 7.
Finis substitutionis militat, siue in casu deficientiæ alterius ex tutoribus, siue in casu recusationis. 8.
Eximitur etiam ex præsumpta voluntate substituentis. 9.
Quamuis verba restringantur ad casum mortis, mens tamen præsumpta testatoris extenditur ad casum quemcunque deficientiæ. 10.
Quandonam conditio expressè apposita à testatore, possit suppleri per æquipollentia.

tia. 11.

Explicatur textus in l. tutoribus ff. de test. tut. 12.

Non aperitur locus legitimo, vbi est testamentarius, vel spes testamentarij. 13.

1 Dilucidè exponitur titulus.

DIsquisitio XXXII. Constituerat in suo vltimo testamento filijs suis impuberibus Caius Fabricium, & Sempronium Tutores insolidum, hac etiam addita lege, quod, si alter eorum decederet, eidem decedenti subrogaretur Antonius. Neuter ex tutoribus nominatis decessit, sed Fabricius se à tutelæ munere excusauit, vndè in eiusdem locum suffectus est Antonius, quem testator subrogari iussit in casu, quo alter ex tutoribus prius datis prædecederet. Hic excitata fuit controuersia, an subrogatio Antonij in locum Fabritij, qui se excusauit, sit sustinenda, an reijcienda?

2 Iura cum ecentia tutorem illum non sustineri.

Videbatur primo, quod illa subrogatio nullo modo subsisteret, cum ordinata fuerit à testatore sub conditione alterius mortis ex tutoribus prius datis, quæ cõditio non euenit, cum nullus ex illis prędecesserit, ergo nullo modo poterit sustineri arg. textus *in l. tutor datus §. 1. ff. de testam. tut.*, vbi tutor datus sub conditione, quæ defecit, non sustinetur, vt tutor, quod idem videtur euinci ex textu *in l. si quis sub conditione in princip. ff. eod.*, vbi dicitur esse locum tutori datiuo, vsquequo pendet conditio, sub qua datus est tutor testamentarius; in hac autem hypothesi conditio, sub qua Antonius datus est adhuc pendet, cum nullus ex primis tutoribus prædecesserit, ergo &c.

3 Adhuc in hac suppositione conditio pendet.

Addi potest primo pro hac opinione, quod conditio expressa apposita à testatore adimpleri debet secundum formam ab eodem præscriptam per textum *in l. Meuius, & l. qui haredi in princip. ff. de condit., & demonst.* cæteroqui dispositio non tenet, nec in materia tutelæ testamentariæ fit interpretatio, vltra quam quod testator ipse expreßerit per textum *in l. si quis ita §. si quis tum ignoraret ff. de testam. tut.* nec fit extensio de vno casu in alium non expressum *l. tutoribus ff. de testam. tut.* In præsenti autem hypothesi non adimpleretur conditio secundum formam appositam a testatore, & fieret interpretatio longè diuersa a mente expressa testatoris, & eius dispositio traheretur de casu ad casum, cum conditio sit præcisè apposita in casu prædecessus alterius ex datis tutoribus, non in casu recusationis tutelæ, ergo &c.

4 Conditio expresse apposita à testatore est adimplenda secundum formam præscriptam.

Addi potest secundo, quod altero ex tutoribus testamentarijs recusante tutelam ea decernenda est tutori legitimo *Bartolus in auth. Sacramentum num. 2. in fin. C. quando mul. tut. off. fun. po., & ibi Salicetus col. 2. vers. hodie verò*, adeoque non aperitur alteri subrogato sub conditione, quæ conditio defecerit. His tamen non obstantibus.

5 Altero ex tutoribus testamentarijs recusante tutelam, aperitur locus legitimo.

Respondeo subrogationem illam faciendam iuxta mentem testatoris in persona Antonij, in casu, quo alter ex tutoribus prius datis prædecesserit, sustinendam esse, vt validam, quantumuis fuerit facta in casu, quo alter ex dictis tutoribus non decesserit, sed tutelam recusauerit. *Surdus decis. 207. nu. 9., & seqq;* vbi asserit, & testatur in facti contingentia, ita fuisse decisum in Senatu Mantuano; atque id ipsum videntur sentire in casu cõsimili *Bartolus in l. 1. num. 14. ff. de vulg., & pupil., & ibi Ripa nu. 89.* Moueor pro hac responsione primo, quia non videtur posse denegari, quod testator in illa dispositione substitutionem fecerit Antonij alteri ex tutoribus primis in casu deficientiæ, cum substitutio æquè fieri possit in tutela, ac in hæreditate, per textum *in l. tutoribus, & l. tutor datus §. tutorem autem ff. de testam. tut.*, & substituere nihil aliud sit, quam vnum dare loco alterius; sed substitutio, qua talis est, facta in vnum casum extenditur etiam ad aliũ per textum *in l. iam hoc iure ff. de vulgar. l. Gallus §., & quid, si tantum ff. de lib., & posth., Castrensis cons. 86. col. 1. vol. 1., Parisius cons. 19. num. 174. vol. 2.* ergo &c.

6 Facta recusatione per alterum ex tutoribus testamentarijs Antonius subrogatus sustinetur, vt tutor.

7 Substitutio, qua talis facta in vnũ casũ, extenditur etiam ad alterũ.

Secundo moueor ex eo, quod mens testatoris in illa dispositione eo directa censenda est, vt consulat commodo, & vtilitati pupillorum, quibus vtiliores arbitratur plures tutores, quam vnum solum, adeoque in casu deficientiæ alterius Antonium substituit; sed hic finis æquè militat in casu, quo alter ex tutoribus deficeret, vel per mortem, vel per recusationem, cum vnus tantum remaneret, quem minus vtilem arbitratus est testator, ergo in vtroque casu deficientiæ alterius ex tutoribus, siue per mortem, siue per recusationem intelligendus est, seu præsumendus est testator, quod voluerit illum substitutum. Adde, quod, si testator interrogaretur, seu fuisset interrogatus de hoc casu recusationis tutelæ, si fieret per alterum tutorem, vtique rationabiliter præsumendum est, quod responderet, seu respondisset, se velle substitutum in casu mortis alterius tutoris esse etiam talem in casu recusationis, quandoquidem ipsius præcisa mens supponitur fuisse, & esse relata ad commodum, & vtile pupillorum, quod voluisse præsumitur in

8 Militat idem finis, siue in casu deficientiæ, siue in casu recusationis.

9 Euincitur etiam ex præsumpta voluntate substituentis.

omni

omni casu; id autem pro disposito habetur, quod disposuisset testator, si interrogatus fuisset *Glosa in l.tale pactum ff. de pact., Tiraquel in l. si vnquam nu. 56. C. de reuoc. donat., Marsilius in l. si quis viduam num. 9. ff. de quaest.*

Quibus suppositis, quin etiam probatis allegata pro contraria sententia nullam vim habere possunt; non primum

10 Quamuis verba substitutionis restringantur ad casum mortis mens tamen testatoris extenditur etiam ad casum deficientiæ quomodocunque.

desumptum ex eo, quod conditio defecerit, quia illa conditio, quamuis ex verbis testamenti videatur alligata ad casum mortis, ex mente tamen testatoris videtur extendenda ad quemcunque casum deficientiæ alicuius ex primis tutoribus, quia testator censetur potius effectum deficientis tutelæ, quam modum considerasse, quæ præcipuè verificantur suppositis ijs, quæ dicebamus in probatione responsionis, nempe, quod testator in illa dispositione substituerit Antonium quoad tutelam alteri, & quod substitutio trahatur æquè ad casum mortis, ac ad casum recusationis; In dispositionibus autem magis mens, & ratio attendenda est, quam verba per vulgatissima iura.

Non secundum, quo dicitur, quod conditio expresè apposita à testatore sit in specifica forma adimplenda, non per æquipollentia, quia, quando dispositio importat substitutionem, propriè conditio potest per æquipollentia suppleri, seu adimpleri, per ea, quæ supra probauimus in prima probatione responsionis iuxta textum *in l.iam hoc iure ff. de vulgar. & in l.Gallus §. & quid si tantum ff. de lib. & posth.* Addi potest id, quod notat *Bartolus in d. l.Gallus §. & quid si tantum* nempe,

11 Quandonam conditio expresè apposita possit suppleri per æquipollentia.

quod, quando conditio est necessaria ad actum, seu ad finem actus, tunc adimpleri possit per æquipollentia, secus, quando est voluntaria; in hoc autem casu, in quo tanquam effectus actus intenditur rectum regimen, & prouidum gubernium, & accuratum filiorum impuberum videtur necessaria, cum æquè pupilli indigeant gubernio, siue primus tutor defecerit per mortem, siue per recusationem, adeoque &c.; Nec vim aliquam inferre potest textus *in l. si quis ita §. si quis cum ignoraret ff. de testam. tut.*, quandoquidem ille textus procedit solummodo, quia ibi intercedebat ignorantia, nec voluntas eius poterat referri ad ignorata, cum non innotesceret, se alium filium habere, qui esset obiectum eius intentionis; hic autem, & filiorum plenam notitiam habebat, & item tutoris substituti in casu deficientiæ alterius, vnde ignorantia, si quæ esse poterat, referebatur solummodo ad modum deficientiæ, non ad deficientiam ipsam quoad substantiam, quam optimè considerasse videtur, dum substitutum apposuit.

Non tertium desumptum *ex l. tutoribus ff. de testam. tut.*, quia in casu *d. l. tutoribus* facta fuerat substitutio tutoris taxatiuè, & limitatè, si scilicet ad tempus mortis testatoris tutor prius datus non viueret; vnde, cum tunc tutor prior viueret, cessat quæcunque alia substitutio; hoc indicat particula *tunc* apposita in dicto textu, quæ iuxta *glosam ibidem, & Bartolum* importat tempus mortis, & dispositionem limitat ad illud tempus, & non aliter; hoc autem est proprium dispositionis ad tempus limitatum, vt eo lapso contineat contrariam dispositionem *Angelus in l. si vnus §. si cum reo ff. de pact.*, in casu autem, de quo hic loquimur, nulla adest temporis limitatio, sed generalitèr in casum mortis datus est tutor substirutus.

12 Explicatur textus *in l.tutoribus ff. de testam. tut.*

Non quartum, quia nunquam aperitur locus tutori legitimo, & datiuo, quousq; adest spes testamentarij per ea, quæ latè in præcedentibus probauimus; in præsenti autem hypothesi deficiente altero ex tutoribus prius datis adest alter subrogatus testamentarius, adeoque alijs legitimis, & datiuis nõ datur locus.

13 Non aperitur locus legitimo, vbi adest testamentarius, vel spes eiusdem.

---

§. XXXIII.

An tutela data alteri Matre non citata teneat.

SVMMARIVM.

Titulus dilucidè expositus. 1.
Matre transeunte ad secunda vota, quandoq; aperitur locus datiuo, quandoque legitimo. 2.
Considerationes circa titulum. 3.
Si tutor fuerit datus à Iudice non citata Matre pro tempore, quo Mater poterat tutelam assumere, vel tutorem petere, non tenet. 4.
Si datus fuerit eadem Matre non citata, quæ sciens tacuerit, nec contradixerit, secundũ aliquos adhuc non tenet. 5.
Melius secundum alios tenet, & quomodo. 6.
Si Iudex tutorem dederit non citata Matre, quando eadem erat in mora, & liquidò constabat de mora, vtique probabilius teneret. 7.
Illatio ex superius dictis. 8.

Disquisitio XXXIII. Mortuus est Caius relictis filijs impuberibus non con-

constitutu eisdem tutore in testamento.

1 Iuxta superius dicta non extante tutore

Exponitur factū in suis terminis.

testamentario,quāuis non obligetur mater ad assumēdam tutelā, si tamen velit, potest assumere, quinimmo habet ius, vt cuicunque alteri præferatur. Differente Matre ad assumendam tutelam, vel ad petendum dari pupillis alium tutorem Iudex vel ad petitionem consanguineorum in gradu proximiorum, vel ex proprio officio tutorem eisdem pupillis constituit,non tamen Matre citata. Hic excitata fuit controuersia, an datio illa tutoris facta per Iudicem subsisteret,vel esset reijcienda?

Hoc in primis notandum est, quod licet,quando Mater suscepit tutelam, & vult transire ad secunda vota,detur lo-

2 cus tutori datiuo, tamen, si nunquam

Matre transeunte ad secunda vota, quandoque aperitur locus datiuo,quandoque legitimo.

suscepit tutelam,nec intra tempus tutorē petierit, tunc non datiuo, sed legitimo tutori via aperiatur; ita distinguit *Bartolus in auth. sacramentum C. quando mul. tut. offic. fung. potest, & in l. si quis sub conditione col. 3. ff. de testam. tut.*, hocque sequitur *Ruinus cons. 124. num. 8. in quinto vol.*, *Gabriel cons. 27 num. 2. vol. 1.*, & videtur deduci *ex l. 2. C. qui pet. tut.*, vnde in hoc casu iam satis elucet, quod non possit subsistere tutor datus à Iudice,cum subingrediatur immediatè legitimus.

Considerando iam rem præcisè per ordinem ad non citationem Matris,

3 quando tutela à Iudice collata est,con-

Considerationes circa titulum.

siderandum venit, an mater fuerit in mora assumendi tutelam, vel petendi tutorem, quatenus iam lapsum intelligatur tempus a iure præscriptum ad hæc munera, an verò non fuerit in mora, quatenus adhuc fuerit in tempore habili ad assumendum, vel petendum. Qua posita consideratione.

Respondeo. Si tutor fuerit datus à Iudice non citata Matre pro tempore,

4 pro quo Mater iure permittente, pote-

Si tutor fuerit datus à Iudice non citata Matre pro tempore,quo poterat tutelam assumere, vel tutorem petere, non tenet.

rat vel tutelam assumere, vel tutorem petere,non tenet,nec subsistit huiusmodi tutor *Glosa in l. si tutor petitus ff. de tut. & curat. dat. ab his*, *Cinus in auth. matri, & auia C. quando mul. tut. offic. fung. pot & ibi Bartolus num. 4.*, *Decius cons. 16. in fin.* Ratio ex eo deducitur, quia Mater pro illo tempore, pro quo a Iudice est alteri tutela collata,ius plenum habebit,vel vt ipsa præficeretur iuxta textum *in d. auth. matri, & auia C. quando mul. tut. off. & in auth. vt liceat Matri, & Auiæ*, vel vt ipsa peteret tutorem per ea, quæ fuerunt superius commendata, ergo, si alius ipsa inaudita fuerit datus, eiusdem datio nullo modo poterit sustineri, cum datus fuerit non seruato iuris ordine, & contra ius alterius, nempe eiusdem Matris, quæ propterea potest dicere de nullitate.

Quid verò sentiendum sit, si quidem fuerit a Iudice constitutus tutor non citata Matre pro tempore, pro quo eadem 5

Si datus fuerit pro tempore,quo Mater poterat assumere, vel tutorem petere, ipsa non citata, quæ postea sciens tacuerit, nec contradixerit adhuc secundū aliquos non tenet.

non erat in mora,cum esset in tempore, pro quo ipsa poterat assumere vel alium tutorem petere, sed postea eadem Mater admonita de tali datione tacuerit, nec contradixerit; An tunc firmabitur in sic constituto à Iudice tutela? Videtur prima fronte negandum, quia,cum illa collatio ab initio fuerit nulla,non videtur tractu temporis posse conualescere per textum *in l. quod ab initio ff. de reg. iur. & l. si sibi decem § si pactus ff. de pact.*, nec potest dici, quod illa collatio confirmetur per illam subsequentem matris taciturnitatem, & non contradictionem, quæ æquiualent tacito consensui, quia, quod nullum est,confirmari non potest *Menochius cons. 351. num. 19.*, *Surdus de aliment. tit. 8. priuil. 22. num. 34.* cum confirmatio semper referatur ad id, quod validum est *Surdus decis. 289. num. 8. & 9.*, *Rota Romana decis. 11. num 3. apud Farinatium part. 2. recent.* Nihilominus non renuerem, concedere accedente Matris consensu saltem tacito,& interpretatiuo tutorem illum sic antecedenter datum constitui verum tutorem,non quia actus præcedens nullus conualescat, sed quia intelligitur fieri noua datio accedentibus omnibus requisitis in illa persona, quæ primo inualide fuerat data; licet enim actus, qui à principio fuit nullus, non conualescat, quoniam effectus nullitatis iam productus nunquam cessat etiam sublata causa per textum *in l. fin. in princip. ff. vnde liber. cum alijs*, vt per 6

Melius secundū alios tenet, & quomodo.

Tiraquel in tract. cessante causa limit. 12. in princip. & limit. 19.; attamen, si ex post facto tacitè saltem superueniant ea omnia,ex quibus constituitur actus ille, de quo agitur non habito respectu ad id, quod præcessit nulliter, incipiet ex tunc actus nouus, & validus *Federicus de Sen. cons. 26. num. 5*, *Caldrinus cons 2. num. 3. de const.*, *Cardinalis Tuschus lit. N. concl. 342. num. 37.*, quod etiam videtur probari per textum *in l. 1. § 1. ibi quasi nunc datum ff. de legat. 3. & l. eos 65. ibi cffics ff. de ritu nupt. & t. 2. de coniug. seru.* In præsenti autem hypothesi post datum tutorem non citata Matre, videntur omnia interuenire, ex quibus constituitur nouus actus dationis, nempe voluntas matris saltem tacita,& interpretatiua, & voluntas Iudicis, quæ videtur moraliter perseuerare &c.

Videntur omnia interuenire requisita ad validā dationē.

Quid

Quid verò sentiendum sit, si Iudex talem tutorem dederit non citata Matre, quando eadem constituta est in mora? Tunc *Odofredus, Petrus Iacobus de Aret., & Cinus in d. auth. Matri, & Auiæ, & ibi Bartolus col. 4., Salicetus C. quand. mul. tut. offic. fung. pot., Decius cons. 16. in fin.* dicunt necessariò etiam per Iudicem citandam esse Matrem ad effectum, vt dignoscatur, vtrum in mora fuerit constituta. Nihilominus, cum nos docuerimus in præcedentibus, Matrem ipso iure priuari tutela, quando intra tempus à iure præfinitum non assumpsit, nec petijt alium dari tutorem, non incongruè dicere possumus in præsenti, quod, vbi liquido constaret de mora, non esset necessaria talis citatio, & si tunc tutor per Iudicem ipsum constitueretur, intelligeretur validè constitutus.

7 Tutor à Iudice non citata Matre datus, quando ipsa erat manifestè in mora, probabilius tenet.

Verum tamen est, quod, vt supra asserebam, tunc, si adessent tutores legitimi, immediatè illis aperiretur via, vnde non esset locus tutori datiuo per Iudicem constituendo; Ex quo etiam deduco, quod, sicuti, quando Mater est in mora, & intra tempus à iure præfinitum non assumpsit tutelam, immediatè sine alia citatione aperitur locus legitimis, ita quando Mater est in mora, & ad Iudicem pertinet dare tutorem, possit hic elapso termino, intra quod Mater potest assumere, & non assumpsit, immediatè absque alia citatione alium tutorem dare; cum lapso quadrimestri videatur tutelæ renuntiasse *Bartolus in auth. presbiteros 2. C. de Episc. & Cleric. & ibi Salicetus, Angelus in auth. Matri, & Auiæ col. 3.*, videtur enim iuri suo renuntiare, qui illud non prosequitur in tempore statuto *Romanus cons. 431., Baldus cons. 466. nu. 2. vol. 1.*, & lapsus temporis vim habet renuntiationis *l. si ea C. qui accus. pos.*

8 Illatio ex superius dictis.

---

§. XXXIV.

An Mater, quæ nunquam tutelam suscepit, & transijt ad secunda vota, possit solutis secundis votis tutelam suscipere.

SVMMARIVM.

Status disquisitionis expositus. 1.
Iura pro Matre adducta ad obtinendam tutelam. 2.
Mater binnuba, & postea vidua effecta non est admittenda ad tutelam. 3.
Non purgatur per mortem secundi mariti à suspicione à lege concepta. 4.
Soluuntur argumenta contraria. 5.

DIsquisitio XXXIV. Memini, me in præcedentibus docuisse, quod, si Mater transierit ad secunda vota, amittat ipso iure tutelam filiorum suorum, quam etiam non recuperat, si denuò efficiatur vidua, quia renuntiantibus iura sua non datur regressus per textum *in l. quæritur §. si venditor ff. de edil. edict. l. Herennius in princip. ff. de euict. Glosa in c. quam sit periculosum 7. q. 1.*, & tutela semel repudiata nunquam restituitur *Speculator in tit. de tutoribus §. nunc dicendum vers. Quod, si Mater, Salicetus in auth. Sacramentum C. de secundis nupt. n. 6., Cinus in auth. Matri, & Auiæ num. 9. C. quand. mul. tut. offic.*, quod non solum verum crediderim, quando ipsa mater spontè renuntiauit tali tutelæ, sed etiam, quãdo posuit actionem, ex qua consequatur talis tutelę priuatio. Modo supponimus, quod ipsa mater nunquam tutelam susceperit, quæ fuerit alteri per primum maritum in testamento data, & quod deindè, durante tutela apud tutorem testamentarium, ipsa mater transierit ad secunda vota, quibus deindè solutis per obitum secundi mariti venerit casus tutelæ deferendæ, cum tutor testamentarius durante filiorum impubertate decesserit. Hic contendebat mater sibi tutelam illam deferendam, cum ipsa præferatur cæteris omnibus legitimis, & datiuis, &, quamuis ipsi obijceretur transitus ad secunda vota, ratione cuius videtur quocunque iure priuata, excipiebat, quod, cum nunquam tutelam susceperit, non possit dici priuata eadem tutela, cum priuatio supponat habitũ, per textum *in l. decem 116. ff. de verb. oblig. l. 4. §. condemnatum ff. de re iud. l. nec vtilem 20. ff. ex quib. caus. maior.*; & iura, quæ fuerunt in præcedentibus allegata, procedere videntur dumtaxat, quando mater eam suscepit, & deindè priuata est. His tamen minimè obstantibus.

1 Status disquisitionis expositus.

2 Iura pro Matre adducta ad obtinendam tutelam.

Respondeo, etiam in hac hypothesi tutelæ non susceptæ matrem binnubam, & postea viduam effectam non esse admittendam ad tutelam filiorum suorum prioris matrimonij. *Cinus in d. auth. matri, & Auiæ in fin. C. quando mul. tut. offic., Salicetus in d. auth. Sacramentum nu. 6. C. de secundis nupt., Surdus decis. 106. num. 14., & 15.* Rationem ex eo desumo, quia finis præcipuus legum statuentium matres binnubentes non esse admittendas ad tutelam filiorum prioris matrimonij in eo versatur, quod per talem transitum valde redduntur suspectæ circa futuram filiorum curam, quandoquidem, cum

3 Mater binnuba, & postea vidua effecta non est admittenda ad tutelam.

eorundem tutelam deseruerint, vel eos quoquo modo neglexerint transeundo ad secundas nuptias, præsumi rationabiliter potest, quod sint adhuc neglecturæ, nam semel factus suspectus regulariter loquendo semper præsumitur talis, sicuti semel malus semper præsumitur malus, per textum *in reg. semper malus de reg. iur. in 6.*, quod à fortiori contingere posset, si ex secundo marito liberos suscepisset, vel quando etiam non suscepisset, posset esse præsumptio, quod esset ad alias nuptias transitura; Hæc autem ratio suspicionis æquè habetur, siuè prius susceperit tutelam, & postea transiens ad secunda vota illam dimiserit, siue nunquam susceperit, transierit tamen ad secunda vota, ergo &c. Hanc rationem suspicionis omnino considerarunt *Cinus, & Salicetus*, locis allegatis in princip. responsionis, qui etiam Salicetus docet solum transitum ad secunda vota impedire, ne mater possit habere tutelam, & *Baldus in §. nos autem col. 7. n. 13. vers. sed posse, quod mater instit. de Attil tut.* scripsit non purgari per mortem secundi mariti suspicionem à lege conceptam de matre transeunte ad secundas nuptias, & subdit, quod sit potius suspicio, quod transeat ad tertias.

Rationes pro hac responsione.

4 Non purgatur per mortem secundi mariti suspicio à lege concepta.

Neque obstant ea, quæ considerabantur in fauorem eiusdem matris binnubæ factæ postea viduæ in principio præsentis disquisitionis, nempè, quod, cum nunquam tutelam susceperit, non possit dici ea priuari, adeoq; non sit, cur dissolutis secundis nuptijs non sit admittenda ad illam filiorum tutelam; Non obstant, inquam, quia, si secūdæ nuptiæ priuant matrem tutela, multo magis videntur impedire, ne illam assumat, quia difficilius tollitur iam concessum, quam denegatur concedendum *arg. textus in l. 1. §. casum ff. de postulan. l. 2. ff. de adult.*, & hoc etiam docent *Baldus in d. §. nos autem nu. 13. instit. de Attil. tut.*, vndè, si priuatur tutela, quam assumpserat, vbi transit ad secundas nuptias, etiam quinimmo a fortiori quando transit ad easdem nuptias non erit ad illam admittenda, & si quando priuata est ratione earundem secundarum nuptiarum non habet regressum ad illam, quando eædem secundæ nuptiæ dissolutæ sunt, nec erit ad eandem primo admittenda, quando antecedenter non fuit admissa, si secundæ nuptiæ fuerint dissolutæ.

5 Soluuntur argumenta cōtraria.

§. XXXV.

An mater, quæ non transiuit ad secunda vota, labi tamen permisit tempus ad suscipiendam tutelam, intelligatur eidem tutelæ renuntiasse.

SVMMARIVM.

Refertur status præsentis dubitationis. 1.
Ex voluntario illo lapsu temporis satis congruentèr arguitur tacita renuntiatio matris tutelæ filiorum impuberum. 2.
Lapsus temporis habet vim tacitæ renuntiationis. 3.
Hinc lapso illo tempore, etiam non secuta Iudicis sententia, mater non habet ius ad illam tutelam. 4.
Stante illa tacita renuntiatione mater ab omni remedio excluditur. 5.

Disquisitio XXXV. Quamuis in præcedentibus dixerimus præfinitum esse certum tempus Matri, & Auiæ ad assumendam tutelam filiorum, & respectiuè nepotum, quo elapso aperiatur alijs proximioribus in gradu, & habentibus ius proximius ad successionem via ad eandem tutelam, oritur tamen hic difficultas in decernendo, quod mater lapso illo tempore, non sit amplius admittenda proueniat tanquam pæna propter delictum non assumptæ tutelæ, an vero ex renuntiatione tacita eiusdem matris ex eo, quod labi permiserit illud tempus à iure præfinitum ad assumendum, & non assumpserit.

1 Refertur status præsentis dubitationis.

Supposito, quod mater lapso illo tempore non sit amplius admittenda ad tutelam parum referre posse videtur, quod iure illius tutelæ priuetur, vel ex dispositione iuris punientis in hoc incuriam eiusdem matris, vel ex tacita renuntiatione ipsiusmet matris resultante ex illa dilatione temporis in assumendo. Nihilominus ad vberiorem doctrinam, & ad multos effectus, qui considerari possunt diuersi in tacita renuntiatione, ac in iuridica priuatione placet inuestigare, an verè, & rationabiliter ex illo lapsu temporis voluntario respectu matris arguatur tacita renuntiatio eiusdem matris quoad filiorum tutelam.

Respondeo, ex voluntario illo lapsu temporis satis congruenter argui tacitam renuntiationem matris filiorum suorum impuberum tutelæ. Consentiunt *Bartolus in auth. Presbyteros 2. C. de Episcop.*

2 Ex illo lapsu temporis voluntario arguitur tacita renuntiatio matris tutelæ filiorum.

cop., *& Cler.*, *Angelus in auth. matri*, *& avia col. 3. C. quando mul. tut. offic.*, *Ioannes de Anna. conf. 100. in fin.*, *Alexander conf. 109. num. 1.*, *& 2. vol. 3.*, *Surdus conf. 159. n. 21.*, *& decis. 106. n. 16.* Rationem ex eo deduco, quia, quando iura taxant tempus, intra quod præscribunt opus aliquod fieri, si opus illud intra tempus præfinitum non fiat, habetur pro voluntariè omisso, seu non volito, quandoquidem lapsus temporis habet vim tacitæ renuntiationis respectu eius, qui noluit tale tempus esse præscriptum ad opus, eoque lapso vlterius tempus non currere per textum *in l. si ea*, *& ibi Scribentes C. qui accus. poss.*, *Surdus cons. 97. num. 20.*, *& seqq.*, & renuntiare iuri suo censetur, qui illud non prosequitur in tempore statuto *Romanus cons. 431.*, *Baldus conf. 466. n. 2. vol. 1.*, ergo, cum mater potuerit intra tempus à iure præfinitum assumere tutelam, eamque neglexerit assumere, non assumendo censenda est, eam nolle, adeoque eidem tacitè renuntiasse.

3 Lapsus temporis habet vim tacitæ renuntiationis.

Si autem hoc inquiras, ad quid fuerit instituta præsens quæstio, cum independenter ab illa habeamus in iure expressò, quod mater, si intra illud tempus tutelam non assumat, priuatur iure ad illam? Breuitèr dicam, hanc controuersiam excitari propter aliquos, qui arbitrantes priuationem illam induci tanquam pœnam delicti, nempè neglectæ assumptionis statuerunt illam pœnam non habere locum, nisi post sententiam Iudicis saltem declaratoriam, vt signantèr docuit *Ioannes Gutierez de tut.*, *& curat. part. 1. c. 16. num. 53.*, vbi alios plures allegat, quod non videtur militare, quando ex lapsu illius temporis à iure præfiniti resultat illa tacita renuntiatio, quæ, cum præsumatur à iure, non indiget aliqua Iudicis declaratione.

4 Hinc lapso illo tempore etiã non secuta iudicis sententia, non habet mater ius ad illam tutelam.

Secundo ex eo inducitur, & excitatur hæc quæstio, quia stante hac tacita renuntiatione excluditur mater ab omni remedio, prout in similibus docent *Glosa in l. 1. §. sed videndum ff. de success. edict.*, *Bartolus in l. nec in §. hæres institutus ff. de hæred. instit.*, & tacita exclusio, quæ lapsu temporis inducitur magis operatur, quam expressa hominis *Alexander in l. 1. num. 6. C. qui admit.*, *Surdus cons. 85. num. 15.*

5 Stante illa tacita renuntiatione mater ab omni remedio excluditur.

§. XXXVI.

An incertitudo tutoris dati vitiet ipsam dationem.

SVMMARIVM.

In quo consistat sensus difficultatis. 1.
Considerabilia circa titulum. 2.
Exponitur textus in l. duo sunt ff. de testam. tut. 3.
Ex maiori propensione testatoris erga vnum, quam erga alterum, potest determinari tutor ab eodem electus. 4.
Item ex maiori coniunctione in sanguine. 5.
Item ex maiori fiducia erga vnum exhibita. 6.
Si pro tempore mortis testatoris alter ex tutoribus gaudentibus eodem nomine fuerit defunctus, & alter superstes, in superstite firmatur tutela. 7.
Soluitur instantia deducta ex l. 3. §. si quis duob. ff. de adim. leg. 8.
Si alter ex gaudentibus eodem nomine, fuerit capax administrationis, & non alter, voluntas testatoris præsumitur relata ad capacem, si vtriusque nouerit qualitatem. 9.
Vbi neque ex coniecturis, nec alia ratione potest apparere de mente testatoris neuter tutor erit habendus. 10.

Disquisitio XXXVI. Duo aderant eodem nomine appellati, æquè coniuncti sanguine, & affectione eidem testatori. Hic suum constituit testamentum, in quo vocauit sibi hæredes filios suos impuberes, eisque constituit tutorem alterum ex prædictis eum vocans sub nomine, quod erat commune alteri, nec ipsum distinguens expressè, nec tacita, nec interpretatiuè ex aliqua circumstantia. Orta hic fuit controuersia, quinam ex illis esset habendus pro tutore, an vterque, an neuter?

1 Exponitur in particulari titulus, & ratio dubitandi.

Memini me de hac controuersia nonnulla in præcedentibus attigisse; sed, quia potest habere diuersas considerationes, secundum quas fortassis non fuit discussa, eam placet iuxtà easdem considerationes breuitèr de nouo percurrere. Considerandum autem hic est primo, an vterque, qui tali nomine est affectus, viuat pro tempore mortis testatoris, an vero alter tantum, cum alter prædecesserit. Secundo, an vterque fuerit, & sit capax tutelæ, an vero alter tantum. Tertio, an ex præactis ab ipso testatore possit conijci, ad quem eius voluntas

2 Considerationes circa titulum.

fuerit relata, an non, & alia his similia.

3 Exponitur textus *in l. si duo sunt ff. de test. tut.*

Extat quoad hoc textus *in l. duo sunt ff. de testam. tut.*, ibi plura dicuntur, primo, quod ille intelligatur tutor datus, quem testator se dare sensit. Secundo, quod vbi non appareat, de quo senserit, non deficiat ius, sed probatio. Tertio, quod neuter sit tutor.

4 Ex maiori propensione testatoris erga vnũ potios, quam erga alterum, potest determinari tutor.

Respondeo primo, iuxta vltimam considerationem mox positam, quod, si ex aliqua coniectura puta maioris propensionis antecedenter exhibitæ erga vnum potius, quam erga alterum, vel maioris coniunctionis in gradu, cui correspondeat æqualis affectio, vel maioris fiduciæ in negotijs peragendis erga vnum, quam erga alterum, possit mens testatoris conijci ad vnum potius, quam ad alterum relata, ille intelligatur tutor, pro quo militant illæ vrgentiores coniecturæ. Hanc responsionem consonam arbitror prædicto textui *in l. si duo ff. de testam. tut.*, cum etenim ibidem dicatur, *Si id non apparet*, ex opposito sequitur, quod, si appareat, dispositio nõ habeat locum, sed ille habendus sit tutor, ad quem apparet relata mens testatoris, quandoquidem apparere manifestè dicitur, quod ex coniecturis probabilibus colligitur per textum *in l. 1., & ibi Iason C. de testam. l. licet Imperator 74. vbi Glosa, & DD. ff. de legat. 1.* In specie autem, quod ex maiori propensione testatoris antecedentèr semper exhibita erga vnum, quam egra alterum electio potius illius, quam istius sit præsumenda, ex eo deducitur, quia in dubio qualis fuerit animus disponentis, non aliundè congruentius dignoscitur, quam ex notis extrinsecis eiusdem animi; notæ autem animi non validius exhibentur, quam per speciales affectiones, & propensiones, ergo, vbi fuerit frequens, & iterata propensio potius erga vnum, quam erga alterum, pro eo potius, quam pro altero præsumenda est facta dispositio.

5 Item ex maiori coniunctione sanguinis in gradu.

Quod item ex maiori coniunctione sanguinis in gradu arguẽda sit mens testatoris pro magis coniuncto, quam pro remoto ex eo deducitur, quia, vbi aliter non constat, præsumendum est, quod mens testatoris voluerit se conformare dispositioni iuris communis, prout in similibus docent *Iason in l. post dotem 39. vers., & concludit ff. solut. matrim. per textum in l. 1., & ibi Bartolus C. de fal. caus. adiect. l. non dubium 5., & ibi Baldus C. de leg.*; ex dispositione autẽ legũ magis propinqui præferuntur remotis cæteris paribus, & vbi aliud non obstat:

6 Item ex maiori fiducia erga vnom exhibita.

Quod tandem ex maiori fiducia, erga vnum potius exhibita, quam erga alium congruentèr eliciatur mens testatoris potius ad illum, quam ad istum relata ex eo deducitur, quia in dubio, an in aliqua dispositione animus disponentis potius ad vnum, quam ad alterum referatur consuetudo præcedentèr gestorum in similibus est optima interpres eorum, quæ intenta sunt specialitèr in tali dispositione *arg. l. sed, & Iulianus 7. §. penult. ff. ad Senat. Consult. Maced., & l. si seruus plurium 10. §. fin. ff. de legat. 1., & §. pauonum Instit. de rer. diuis.*, ergo, cum testator in præcedentibus valdè consueuerit vni fidere, & non alteri, præsumendum est, quod in constitutione tutoris potius illi, quam isti detulerit.

7 Si pro tempore mortis testatoris alter ex ijs, qui gaodet eodem nomine fuerit defunctus, probabilius tutela firmatur in superstite.

Respondeo secundo. Si pro tempore mortis testatoris alter ex ijs, qui eodem nomine gaudet, & de quo est dubium, an mens testatoris ad ipsum potius, quam ad alterum sit relata, superstes sit, dum alter ad eandem testatoris mortem prædecesserat, probabilius ille intelligitur tutor constitutus, seu tutela in eodem firmata. Hoc videtur colligi *arg. l. qui soluendo ff. de hæred. instit.*, vbi ex duobus eodem nomine gaudentibus, cum vnus tantum posset esse hæres, & dubitaretur, ad quem hæreditas esset deferenda, dictum fuit, quod, si alter ante apertas tabulas testamenti mortuus fuerit non ineleganter defendi possit eum, qui superest, liberum, & necessarium hæredem fore;

8 Soluitur instantia deducta ex *l. 3. §. si quis duobus ff. de adim. leg.*

Nec videtur posse obesse textus *in l. 3. §. si quis duobus ff. de adim. legat.* vbi dicitur, quod, si duobus Titijs separatim duo facta fuerint legata, & deinde vnum ex illis legatis fuerit ademptum, nec appareat, cui ademptum sit, neutri legatum debeatur; Non obstat, inquam, quia in hoc casu *d. l. 3. §. si quis duobus* nullum penitus apparet vestigiũ de aliquo in particulari, cuius legatum fuerit ademptum, adeoque &c.; in casu vero, de quo nos loquimur apparet vestigium satis patens de voluntate testatoris relata ad superstitem, nam si testator mentem suam retulisset ad eum, qui prædecessit, vtique de alio tutore disposuisset, quod, cum non præstiterit, præsumendus est, quod superstitem ad munus tutelæ decreuerit, non eum, qui prædecessit; atque hoc inducit vehementem, & validam præsumptionem pro eodem superstite.

Respondeo tertio. Si alter fuerit capax administrationis tutelæ, & alter non, & vterque à testatore fuerit cognitus, præsumendum est, quod capacem elegerit; nec circa hoc videtur hæsitandum, quandoquidem, cum amor paternus sit talis, quo maior excogitari non

po-

potest, præsumendum videtur, quod opportuniori modo filijs suis voluerit consulere, adeoque eisdem constituere tutorem idoneum. Quod, si supponas, quod, quantumuis testator vtrumque nouerit, perfectè tamen eorum qualitates non nouerit, & per consequens, nec inidoneitatem alterius, & quod nec de tali inidoneitate apparuerit ad tempus obitus eiusdem testatoris; tunc præsumi non potest, quod potius vnum, quam alterum constituerit, adeoque neuter videtur tutor; nec arbitrandum est, quod vnius idoneitas ipsum mouerit, nam cum non nouerit alterius inidoneitatem in eodem etiam præsumere potuit idoneitatem, & ab hac etiam sic præsumpta moueri.

9 Si alter ex gaudentibus tali nomine fuerit capax administrationis, & non alter voluntas testatoris præsumitur relata ad capacem, si vtriusque nouerit qualitatem.

Respondeo quarto. Vbi nec ex coniecturis, nec ex aliqua alia ratione apparere potest ad quemnam mens testatoris fuerit relata, neuter tutor erit habendus. Hoc expreisè colligitur *ex l. duo sunt ff. de testam. tut.* Ibi *Neuter sit tutor*, nec certè incongrua ratione hoc decernitur, quandoquidem in iure idem videtur esse non esse, ac non apparere *arg. d. l. duo sunt Titij, & l. si quis ita §. si quis cum ignoraret ff. de testam. tut. & l. demonstratio in princip. ff. de condit. & demonst.*, & cum non potior ratio vrgeat pro vno, quam pro altero, neuter videtur venire in dispositione. Quod, si dicas, cur potius vterque non erit admittendus? Dicam hoc prouenire ex mente testatoris, qui vnum tantum constituit, licet eius mens non possit potius pro vno, quam pro altero coniectari.

10 Vbi non potest coniectari de mente testatoris, neuter erit tutor.

---

§. XXXVII.

An dato minus legitimè tutore possit alius constitui primo non cassato.

SVMMARIVM.

Exponitur, in quo sensu sumendus sit titulus. 1.
Considerationes circa quæsitum, & titulum, 2.
Sententia asserens, secundam dationem non reuocata prima esse nullam. 3.
Sententia asserens secundam dationem simpliciter tenere etiam non cassata prima. 4.
Si prima datio fuerit ipso iure nulla, secunda facta legitimè tenet etiam priori non cassata. 5.
Si prima non fuerit irrita, sed irritabilis, secunda vt subsistat, indiget vt prima cassetur. 6.
Soluuntur rationes primæ opinionis. 7.

DIsquisitio XXXVII. Mortuo Titio, nulloque per ipsum relicto tutore testamentario filijs suis impuberibus datus fuit per Iudicem eisdem tutor non seruato iuris ordine, adeoque non legitimè, vel quatenus datus fuerit non citatis citandis, vel existentibus legitimis, vel non facta inquisitione, vel non præstita congrua fideiussione. Ad petitionem coniunctorum, cum alius tutor esset constituendus, quæsitum fuit, an possit constitui priori minus legitimè dato non cassato, & si fuerit datus eodem non remoto teneat ista datio?

1 Series disquisitionis.

Considerandum hic venit, an datio prioris tutoris, quæ dicitur minus legitima, sit ipso iure irrita, vel quatenus sit facta à non habente legitimam potestatem, vel quatenus facta sit de persona omnino inhabili, & à iure reiecta, vel quatenus facta sit existentibus tutoribus legitimis in tempore, pro quo ipsi poterant tutelam suscipere, an verò non sit irrita ipso iure, sed irritabilis ex aliquo defectu se tenente ex parte personæ datæ, vel ex modo, quo data est, vel ex aliqua alia ratione non inducente nullitatem ipso iure.

2 Considerationes circa quæsitum, & titulum.

Angelus *in §. interdum num. 2. Instit. de curator.* nulla facta distinctione, an illa datio sit irrita ipso iure, vel tantum irritabilis, dicit simplicitèr, quod secunda datio non teneat, nisi prior, quantumuis minus legitimè data, fuerit antecedentèr reuocata, & ad hoc procedit exemplo, & paritate electionis, quæ non potest secundo fieri, nisi priori cassata ad textum *in c. consideramus, & c. audisis extra de elect.*

3 Sententiã asserens secundã dationẽ non reuocata prima, esse ipso iure nullam.

Alij contrarium statuunt ex textu *in l. si vt proponis C. de confirm. tut.* vbi dicitur, quod, si à Patre filijs suis inutiliter fuerit datus tutor, & alius interim, antequam datus à Patre confirmaretur, fuerit à Iudice assignatus, quod istius datio teneat, & gesta per ipsum subsistant; vnde concludunt, quod, cum illa datio facta per Iudicem teneat, prius sit cassandà, antequam datus à Patre confirmetur, vel alius in tutorem admittatur.

4 Sententia asserens secundã dationẽ simplicitèr tenere

Ego autem retenta distinctione supra posità sentiendum censeo, quod, si prioris datio, quæ dicitur minus legitima, sit talis, vt ipso iure sit irrita, posterioris datio facta seruatis seruandis teneat etiam eadem priori non cassata antecedentèr; si verò non fuerit prior datio ipso iure irrita, sed ad summum irritabilis, secunda indigeat, vt subsistat, quod prior fuerit cassata. Rationem primæ partis ex eo desumo, quia, quod ipso iure nullum est,

5 Si prima datio fuerit ipso iure irrita secunda facta legitimè tenet etiã prima nõ cassata.

perin-

perindè habetur, ac si omnino factum non esset per textum *in l. 1. §. hac autem 2. ff. quod quisque iur. in ali. statuer.*, *Felinus in c. illud num. 5. de præscript.*, *Tiberius Decianus respons. 10. num. 34. vol. 1.* nec rumpi, nec confirmari potest *Cacheranus decis. Pedemont. 34. num. 12. & decis. 39. num. 11.*, & nullum ipso iure non præstat impedimentum per textum *in l. 4. §. condemnatum 6. de re iud. c. consideravimus 10. de elect. c. qui contra ius 82. & c. non præstat 52. de reg. iur. in sexto*, *Caldas Pereira de potestate eligendi c. 13. num. 5.*, *Thomas de Thomaset. in florib. leg. reg. 205.*, *Gonzalez ad reg. 8. Cancellariæ glos. 57. num. 30.*

6 Si prima non fuerit irrita, sed irritabilis secunda indiget, vt subsistat, quod prior fuerit cassata.

Rationem secundæ partis ex eo desumo, quia, quod non est irritum ipso iure, sed tantum irritabile, quousque non sequatur in effectu irritatio, ius, & vim habet, adeoque alteri resistit, ergo, si datio tutelæ non fuerit ipso iure irrita, sed dumtaxat irritabilis, quousque irritetur, vim suam retinebit, & alteri obuenienti resistet; sicuti enim, quod est ipso iure nullum nullo modo ligare potest *Rota Romana decis. 572. num. 9. apud Farinacium part. 1. recent.*, ita è contrario sensu, quod ipso iure nullum non est, poterit ligare, & obsistere.

7 Soluuntur rationes primæ opinionis.

Nec ea, quæ ex *Angelo in d. §. interdum Instit. de curat.* dicta sunt, obsistere possunt nostræ responsioni, quandoquidem in vtroque allegato textu *in c. consideravimus, & in c. auditis de elect.* vtraque electio posterior facta per Romanum Pontificem fuit irrita declarata, non quia præcisè præcedentes electiones non fuerint cassatæ, sed quia posteriores fuerunt factæ introducta iam appellatione coram Romano Pontifice. Dici etiam posset, & fortè congruentius, quod non erat ita certum apud Electores, quod priores electiones essent irritæ, cum quæstio esset ad Romanum Pontificem delata pro resolutione, adeoque iuste non poterant deuenire ad secundam electionem, nisi resultante nullitate prioris, vel cassatione eiusdem, quod non militat in nostro casu, cum constet de nullitate.

---

§. XXXVIII.

An pendente lite super testamento, quo quis tutor datus est, alius interim tutor sit constituendus.

SVMMARIVM.

Exponitur titulus dilucidè. 1.

Sententia asserens alium dandum esse tutorem, qui iura testamenti, & filiorum tueatur. 2.

Pendente adhuc lite super testamento tutor datus in testamento est confirmandus sine vllo eiusdem litis præiudicio. 3.

An tutor sic confirmatus dicendus sit datiuus, an testamentarius ex euentu litis secundum aliquos iudicandum est. 4.

Attento iure moderno dicendus est testamentarius. 5.

Soluuntur rationes oppositæ. 6.

Disquisitio XXXVIII. Condidit Caius suum vltimum testamentum, in quo non vocauit filios suos sibi hæredes, sed exhæredauit, eisdemque filijs tutorem constituit Sempronium. Mortuo eodem Caio contra testamentum ab eodem conditum lis excitata est. Hic orta fuit controuersia, an illa lite pendente super testamento alius tutor esset à Iudice constituendus, qui iura testamenti tueretur, quique à tali munere cessaret declarato valido testamento, cum tunc pleno iure subingredi debeat testamentarius, an vero pendente eadem lite tutor in illo testamento datus veniat confirmandus, ipseque iura testamenti debeat tueri? 1 Expositio tituli in suis terminis.

2 Sententia asserens alium esse constituendum tutorem, qui iura filiorum tueatur.

Videtur prima fronte asserendum, alium à Iudice tutorem constituendum esse, qui iura testamenti, & filiorum simul tueatur, quandoquidem tutor datus in testamento aliam potestatem non habet, quam sibi collatam ab eodem testamento, & cum testamentum ipsum non videatur plenè subsistere, cum sub iudicio cadat, & auctoritas tutoris dati in eodem testamento videtur claudicare. Accedit, quod Iudex, apud quem lis pendet super illo testamento non potest illud firmare, nisi cognita causa per definitiuam sententiam, & per consequens, nec confirmare tutorem, nisi eadem causa perfecte cognita, cæteroqui firmaret in parte testamentum, nempè in illa confirmatione tutoris sine præuia causæ cognitione, quod non videtur dicendum, & propterea, quod interim alius tutor sit constituendus. His tamen non obstantibus.

3 Pendente adhuc lite super testamento tutor datus in testamento est cõfirmãdus à Iudice.

Respondeo, pendente adhuc lite super testamento tutorem datum in testamento esse per Iudicem confirmandum absq; vllo eiusdem litis præiudicio. Contestis in hoc *Paulus Montanus de tut., & curat. c. 21. nu. 3.* Hoc expressè deducitur ex textu *in l. iure nostro §. propter litem ff. de testam. tut.* Ibi *Propter litem inofficiosi testamenti ordinandam exhæredato filio, quem ei tutorem pater dedit, eundem à Prætore confirmari oportet*, quod idem ferè quoad sub-

substantiam repetitur *in l. idem fiat*, quæ est immediatè sequens *ad d. l. iure nostro ff. eod.*, cum etenim iura plurimū deferant amori paterno erga filios, quo maior excogitari non potest, etiam plurimum deferunt voluntati eiusdem patris, quam etiam in hoc sequèndam decernunt.

Sed, an hic tutor sic à Iudice pendente etiam lite confirmatus dicendus sit datiuus, an vero testamentarius? Textus

4 *An tutor sic confirmatus pendente lite sit dicendus datiuus, an vero testamentarius secundum aliquos ex euentu sententiæ iudicandum est.*

in d. l. iure nostro §. propter litem, asserit ex euentu litis, hoc esse adiudicandum; vndè *Glosa ibid. in verb. euentus etenim*, dicit, quod, si pupilli succumbant in querela inofficiosi testamenti, quam tentarunt, erit tutor testamentarius, quia per illam sententiam, ratione cuius succumbunt, firmatur in toto ipsum testamentum; si vero obtineant, erit datiuus, quandoquidem, cum per illam sententiam rumpatur testamentum, in quo filij fuerant exhæredati, & succedere debeant ab intestato, intelliguntur etiam rumpi ea omnia, siue legata, siue fideicommissaria, siue tutelæ, quæ in eodem testamento continebantur, quod etiam probat, per textum *in l. quod repudiantis §. fin. ff. de inoffic. test.* Sed, quamuis hæc vera essent attento antiquo iure digestorum, non videntur tamen vera attento nouo iure Codicis, quandoquidem *in auth. ex causa C. de lib. præterit.* expresè habetur, quod quidem *ex causa exhæredationis, vel præteritionis irritum est testamentum, quantum ad institutiones; cætera namque firma permanent*; vndè, quantumuis etiam pupilli in causa obtinerent, & sic succederent non

5 *Attento iure moderno dicendus est simplicitèr testamentarius.*

ex testamento, sed ab intestato, quia tamen cætera omnia firma remanent, ex testamento tutor in eodem datus, & à Iudice confirmatus pendente lite dici debet etiam testamentarius, cum vim totam obtineat ab eodem testamento, quod nō est irritum in ea parte, in qua fuit decreta tutela, & ordinata legata; sicque dici potest, quod testator quoad quid sit testatus, & quoad quid non sit testatus iuxta textum *in l. hac consultissima §. ex imperfecto C. de testam.*, vnde, sicuti in hoc casu legata in eodem contenta possunt peti ex testamento, vt elucet ex hac *auth. ex causa C. de liber. præteriis, & in auth. vt cum de appel. cogn. §. sine igitur*, à quo desumpta est, ita ea tutela intelligitur deferri ex testamento.

Atque ex his patet, quid respondendū ad ea, quæ in contrarium afferebantur

6 *Soluuntur rationes oppositæ.*

in principio præsentis tituli; dic etenim; quod ille tutor potestatem, quam habet, sortiatur à testamento, quod, licet infirmetur in parte institutionis, non infirmatur tamen quoad cætera, ac proindè, neque quoad tutelam. Ad id, quod subditur, dico, quod Iudex pendente lite confirmat in ea parte testamentum, quę, quomodocunq; euentus litis sequatur, semper erit firma; si etenim pupilli in lite succumbant, iam in totum firmatum testamentum, si vero obtineant in causa, licet infirmetur quoad institutionem, non infirmatur tamen quoad cætera, quæ in eodem testamento continentur, adeoque ea tutela firma remanet.

---

§. XXXIX.

An tutor in testamento imperfecto datus, metiatur tempus ad se excusandum à die, qua datus est, an vero à die confirmationis.

SVMMARIVM.

Sensus disquisitionis expositus. 1.
Rationes suadentes non à die confirmationis, sed à die notitiæ habitæ metiendum tempus excusationis. 2.
Etiam tutor datus in testamento videtur teneri proponere causas excusationis à die habitæ notitiæ, non à die confirmationis. 3.
Noxium valdè esset pupillis, si tempus excusationis proponendæ inciperet solum à die confirmationis. 4.
Ante confirmationem habet ius radicatum, adeoque ex tunc potest se excusare. 5.
Tempus ad se excusandum non incipit, nisi à die confirmationis. 6.
Tempus non currit aduersus eos, qui agere non possunt. 7.
Vbi nihil obest, incipit obligatio excusationis à die habitæ notitiæ, secus, vbi est impedimentum actionis. 8.
Pendente tempore confirmationis Iudex potest alium tutorem dare. 9.

Disquisitio XXXIX. Dictum fuit in præcedentibus, quod tutor datus in testamento imperfecto, rupto, vel minus solemni indigeat Iudicis confirmatione, vt possit exercere administrationem tutelæ. Dictum est vlterius, quod tutor datus volens se per excusationem subtrahere à munere tutelæ teneatur coram Iudice intra 50. dies proponere causas excusationis, & inter quatuor menses negotium excusationis absoluere, prout signantèr habetur *in l. quinquaginta ff. de excusat. tut.* Modo supponimus, quod sit datus tutor in testamento imper- 1

1 *Dilucidatur factum in terminis proprijs.*

perfe-

perfecto, rupto, vel minus solemni, & quod à die, quo testator mortuus est, multum temporis pertransierit ad confirmationem a Iudice positam. A tempore, quo mortuus est testator, non proposuit coram Iudice causas excusationis, sed solummodo intra quinquaginta dies à die, quo à Iudice confirmatus est. Quæsitum hic fuit, an, cum a die obitus testatoris ad diem, quo causas excusationis proposuit, elapsum fuerit tempus a iure præscriptum, nempè plusquam quinquaginta dies, sit repellendus à petitione excusationis, nec audiendus quoad causas eiusdem, an vero admittendus, cum à die confirmationis tempus à iure præscriptum ad proponendas huiusmodi causas non pertransierit?

2 Rationes suadentes non à die confirmationis, sed à die notitiæ habitæ metiendum esse tempus.

Aduersus tutorem proponentem solũ causas huiusmodi excusationis intra dies quinquaginta à die confirmationis, hæc cõsiderabantur, primò quod tempus a iure præfinitũ ad proponendas huiusmodi causas excusationis incipit a die notitiæ habitæ suæ nominationis ad tale munus, prout habetur *in l. scire oportet §. cõsequens autem est in vers. quinquaginta ff. de excus. tut.* Ibi *Quinquaginta vero dies continui numerantur incipiendo à tempore cognitionis, quo quis cognouit, se ipsum datum esse;* quod idem habetur *in l. 1. in princip. ff. de administ. tut., & l. quidam decedens §. fin., & l. quis iussus ff. eod., & l. quinquaginta ff. & C. de excus. tut.*

3 Etiam tutor datus in testamento debet proponere excusationis causas à die habitæ notitiæ, non à die cõfirmationis.

Considerabatur vlterius, quod dispositio huiusmodi iurium restringentium facultatem ad proponendas excusationes intra quinquaginta dies ab habita notitia, procedit etiam in ordine ad tutelas testamentarias, quarum tutores a die habitæ notitiæ tenentur proponere excusationes, non obstante, quod consueuerint a Magistratibus confirmari, per textum *in d. l. scire oportet §. quia autem supra ff. de excus. tut.* Ibi *Hoc autem conuenit, & ijs, qui testamento dati sunt, siue tutores fuerint, siue curatores, quos confirmari à Magistratibus consuetum est.* Vbi nota illam particulam, *Hoc autem conuenit, & ijs,* quæ certè refertur ad omnia prædicta, inter quæ adest, quod tutor datus à Præside teneatur intra præfixum à iure tempus a die habitæ notitiæ excusationis causas proponere; & licet *in d. §. qui autem supra*, sermo sit solummodo de ijs, qui a Ciuitate distant supra centum milliaria, hoc tamen non officit, quia ibi solummodo ratione distantiæ protrahitur tempus ad mensuram proportionatam ad proponendas has excusationis causas, in cæteris autem, & præcipuè in eo, quod à die habitæ notitiæ incipiat currere tempus ad harum causarum propositionem conformatur præcedenti dispositioni. Cum igitur hic textus dicat, quod tutor testamento datus debeat, sicuti datus à Præside has causas proponere intra tempus à iure præscriptum à die habitæ notitiæ, quamuis soleat à Magistratibus confirmari, videtur concludere, quod tempus ad huiusmodi excusationes concessum debeat incipere à die notitiæ, non à die confirmationis.

4 Noxium esset valde pupillis, si tempus excusationis proponẽdæ incipere deberet à die confirmationis.

Considerabatur vlterius, quod nimis noxium esset pupillis, si tempus ad proponendas causas excusationis inciperet dumtaxat à die confirmationis, quandoquidem, ex quo labi potest diutinum tempus ab obitu testatoris ad diem eiusdem tutoris confirmationis, nimium expositi manerent periculis, vtpotè pro tanto tempore indefensi, sine duce, sine custode, & tutore, ad quæ pericula euertenda, cum maximè sollicita, & prouida iura intelligantur, non præsumenda sunt, voluisse illi temporis protractioni indulgere, sed potius restrixisse tempus incæptionis ad diem habitæ notitiæ, quod fauorabilius est eisdem pupillis.

5 Ante cõfirmationem habet ius radicatum, ideoque ex tunc potest se excusare.

Neque ijs quæ dicta sunt aduersus tutorem, qui tempus illud protraxit ad huiusmodi causas proponendas incipiendum solummodo a die confirmationis, obesse potest, si dicatur, quod, cum antecedentèr ad confirmationem non possit in munere, & exercitio tutelæ, se ingerere, nec congruè videatur ante illam posse se excusare; vbi etenim non est obligatio, nec potest esse petitio solutionis ab obligatione. Non, inquam, obesse potest, quia, quamuis ante confirmationem non possit esse exercitium, & administratio tutelæ, denegari tamen non potest, quin ius habeat radicatum quodamodo ad eãdem tutelam, quandoquidem Iudex necesse habet ipsum confirmare, cum teneatur Patris voluntatem sequi, nisi aliquid in cõtrarium emergat, per textum *in §. fin. Instit. de tutor.* vnde etiam nos in præcedentibus diximus, quod tutor sic datus in testamento imperfecto à patre potius sit dicendus testamentarius, quam datiuus, adeoque præferendus legitimo, prout sustinere videtur *Glosa in l. eaque per Epistolam in addit. C. de confirm. tut., & Bartolus in l. 1. C., & ff. eod. tit.*; Quando autem habet ius radicatum, quod a Iudice nequit euelli, vtique potest, se excusare ex tunc, quamuis ex tunc nõ habeat administrationem; quod etiam benè considerauit *Glosa in l. testamento,* quæ est prima *C. de confirm. tut. in verb. non habeat,* vbi quamuis asserat, quod tutores dati à matre

non

non habeant necesse se excusare, dicit tamen; quod tutor datus à patre debeat se excusare, per textum *in l. si tibi Pater C. de testamentaria tutela*. His tamen minimè obstantibus.

Respondeo, tempus quinquaginta dierum à iure præfinitum tutori ad proponendas causas excusationis, quando datus est in testamento minus perfecto, rupto, & minus solemni, non incipere, nisi à die confirmationis. *Salicetus, & Baldus in l. neque per Epistolam C. de confirm. tut.* vbi, cum prius fuerit dictum, quod *neque per Epistolam, neque ex imperfecto testamento tutorem rectè dari sit indubitati iuris*, postea subditur: *Secundum quæ vereri non debet, nec tempus, antequam confirmerit, sibi cesserit*, & ibi, *Glosa in expositione casus*, subdit tempus tamen legis datum ad excusandum se, sibi non cedet ante confirmationem. Ratio autem ex eo deducitur, quia tempus non currit aduersus eos, qui agere non possunt, per textum *in l. 1. §. ne autem 2. C. de annal. except. Auth. nisi tricenale, & ibi Glosa in verb. apparuerint C. de bon. matern. l. quæcunque 4. in fin. C. de bon. quæ lib.*, quod etiam latè docent in materia præscriptionum DD. *Ludouicus Gomez ad § rursus instit. de act. n. 4., Iason in §. item si quis in fraudem instit. de act. num. 87., Argentro in consuetud. Britan. art. 45. num. 2.*; sed tutor datus in testamento imperfecto agere non potest ante confirmationem, ergo ante eandem confirmationem eidem non potest currere tempus à iure præscriptū ad se excusandum.

6 Tempus ad se excusandū, non incipit, nisi à die confirmationis.

Rationes pro responsione

7 Tempus non currit aduersus eos, qui agere non possunt.

Neque obstat, quod, quamuis tutor datus in testamento imperfecto non possit ante confirmationem exercere administrationem tutelæ, non possit tamen dici, quod simpliciter eius datio sit inutilis, & nulla, cum ius habeat ad confirmationem, quod enim simpliciter nullum est, nullum ius confert per textum *in l. 4. §. condemnatum 6. ff. de re iudic. l. non putauit 8. §. non quæris 2. ff. de bon. possess. contra tabul. l. 2. ff. de auct. tut.* Quod autem ius habeat ad confirmationem colligitur ex textu *in §. fin. instit. de tut. in fin.* ibi *confirmandus est omnimodò*, quæ particula *omnimodò* importat absolutam necessitatem; vbi autem ex aliquo munere collato ius aliquod oritur, ex illo potest agere potissimum ad se excusandum. Non, inquam, obstat, quia ad effectum, ne tempus currat, non requiritur, quod nullum ius habeat, nec vllam actionem copulatiuè pro illo tempore, sed sufficit solummodo, quod non possit agere, quamuis habeat ius aliquod; Hoc euincitur exemplo præscriptionis, secundum quam creditor, qui habet ius ad suum creditum acquirendum, non tamen pro aliquo tempore potest agere, non amittit illud ius a tempore, quo debitor non soluit, sed a tempore, quo ipse potest agere, & non agit *Rota Romana part. 9. recent. decis. 179. nu. 5.* quam allegat *Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. præscriptio n. 16. vers. non incipit currere*.

Proponitur, & dissoluitur instātia contra responsionem.

Iam ad ea, quæ contra tutorem sic datum considerata fuerunt in principio huius tituli, respondendum est; & quidem ad primam cōsiderationem, dic eam procedere vbicumque plena potestas, cum iure actionis tutori est collata, adeo vt alio non indigeat ad sumendam, & administrandam tutelam, tunc etenim à die habitæ notitiæ, vel debet assumere, vel causas excusationis proponere iusta allegata iura *in l. quinquaginta C., & ff. de excus. tut.* aliaque concordantia; non autem, quando est impedimentum actionis, vt in casu nostro, in quo nullam potest exercere actionem ante confirmationem.

8 Vbi nihil obest, incipit obligatio excusationis à die habitæ notitiæ, secus vbi est impedimentū actionis.

Ad secundam dico, textum *in d. l. scire oportet §. qui autem supra ff. de excus. tut.* solum disponere circa tempus, quod cōceditur absentibus ad proponendas huiusmodi causas excusationis, & subdit hoc idem conuenire ijs, qui dati sunt in testamento, quibus etiam conceditur idem tempus quando absentes sunt, quod conceditur alijs à Iudice, vel à lege datis; non autem dicit, quod, quando dati sunt in testamento imperfecto, tempus ad huiusmodi excusationes incipiat à die habitæ notitiæ ante confirmationem; & licet ibidem subdatur, *Quæ confirmari à Magistratibus consuetum est*, hoc non refertur ad eum sensum, vt scilicet quamuis confirmari soleant a magistratibus, tempus tamen debeat currere à die habitæ notitiæ, sicuti contingit in alijs tutoribus, quibus non obest aliud impedimentum, quam distantiæ; sed potius ad eum sensum referendum est, quod, cum soleant à magistratibus confirmari, à die confirmationis sumendum sit initium temporis ad causas excusationis producendas; Ad quid etenim prodesset illa mentio consuetudinis approbationis eorundem tutorum, si tempus ad proponendas excusationes inciperet ante illam approbationem, seu confirmationem?

Alia instantia dissoluta.

Ad tertiam dico, non censeri illud tempus noxium pupillis, quandoquidem posset Iudex pendente tempore confirmationis alium tutorem assignare ad tuendum interim pupillos, resque eorum, qui postea immediatè cessat confirmato tu-

9 Pendente tempore confirmationis Iudex potest aliū tutorem dare.

 tore

tore à patre dato in teſtamento illo imperfecto. Deindè non eſt cenſendum noxium, quod iura expreſsè concedunt; iura autem expreſsè concedunt tutori dato in teſtamenro imperfecto illud tempus a die confirmationis, prout expreſsè *in d. l. neque per Epiſtolam C. de confir. tut., & in l. Caius teſtamento ff. de excuſ. tutor.*

§. XL.

An Mater petito tutore, eique reddita ratione adminiſtrationis ſecundum diſpoſitionem iuris communis, non tamen ſeruata forma ſtatuti liberetur à pænis non reddentium rationem tutelæ.

SVMMARIVM.

Quomodo intelligendus ſit titulus. 1.
Sententia aſſerens, illam redditionem rationis non ſeruata forma ſtatuti non ſubſiſtere, nec liberare matrem à pæna priuationis. 2.
Illa ſolemnitas ſtatuti præſcribitur tanquam forma. 3.
Sententia docens, matrem ſeruata forma iuris communis non ſubdi pænis, & ſi non ſeruauerit formam ſtatuti. 4.
Præfertur prima ſententia. 5.
Soluuntur rationes ſecundæ ſententiæ. 6.

1 Expoſitio tituli ſecundum ſuas rationes.

Diſquiſitio XL. Diſpoſitum eſt in iure *in l. omnem C. ad Tertul.*, quod, ſi mater ſuſcepta filiorum tutela ad ſecundas nuptias conuolauerit, antequam filijs impuberibus tutorem dari curauerit, & rationem reddiderit, & reliquatum perſoluerit, eorundem ſucceſſione priuetur, prout etiam notauit *Robertus Maranta in repetit. l. is poteſt num. 202. ff. de acq. hæred., Ioannes de Garronibus in auth. eiſdem num. 7., 15., & 31. C. de ſecundis nupt.* De facto mater filiorum impuberum volens ad ſecunda vota conuolare petijt a Iudice aſſignari eiſdem filijs alium tutorem, & obtinuit, & reddidit rationem adminiſtrationis ſuę ſecundum diſpoſitionem iuris communis, non tamen ſeruata forma ſtatuti præſcribentis, vt ratio adminiſtrationis reddatur coram Agnatis eorundem filiorum impuberū, & alia ſeruetur ſolemnitas per idem ſtatutum præſcripta. Orta hic fuit controuerſia, an defectu talium ſtatutariarum ſolemnitatum inciderit in pænas inductas contra vxores binnubentes non redditis rationibus adminiſtrationis.

Videtur abſolutè dicendum, illam redditionem rationum factam non ſeruata illa forma ſtatuti non ſubſiſtere, adeoque matrem non liberari à pænis ſtatutis contra fæminas ſecundo nubentes non reddita ratione adminiſtrationis, quandoquidem forma in aliquo actu ſeruanda, ſi in illo deficiat, actus eſt nullus per textum *in l. Menius 55. l. qui hæredi 44. §. 3. ff. de condit. & demonſtrat. l. 1. & 2. C. quando prouocare non eſt neceſſe Gloſa in c. cum dilecta 22. verb. irritum, & ibi Panormitanus nu. 6. de reſcript., Tiraquel in l. ſi vnquam verb. reuertatur num. 67. C. de reuoc. donat.*, quod potiſſimum verificatur, quando ſtatutum requirit formam tempore contractus, quia tunc potiſſimum vera eſt regula, quod non ſeruata forma, vel ſolemnitate contractus, vel actus corruat *Gailus in obſeruat. 124. num. 4.* per textum *in auth. hoc ius porrectum C. de Sacroſ. Eccleſ.*, &, cum forma ſit de genere indiuiſibilium, prout habetur *in l. ſi veritas C. de fideicom.*, nec ab actu ſeiungi poſſit *c. auditis 29. & c. qui ea 42. & ibi DD. ſatis communiter de elect.* debet ad vnguem ſeruari, & non ſolum in parte, ſed in toto adimpleri, & illa in parte, quamuis minima non adimpleta, in totum actus corruit *l. cum hi 8. §. ſi Prætor 17. ff. de tranſact. l. qui Romæ 122. §. Flauius 2. ff. de verb. oblig.*

2 Sententia aſſerens illam redditionem rationis non ſeruata forma ſtatuti non ſubſiſtere, nec liberare Matrem à pæna.

Non ſeruata forma actus corruit.

Nec ambigendum eſt, illam ſolemnitatem à iure municipali præſcriptam habendam eſſe pro forma, quia, cum ſit ſeruanda pro tempore, quo ponendus eſt actus redditionis rationum, vtique intelligitur tanquam forma, quia tempus ordinatum a ſtatuto dicitur eſſe de forma *Rolandus conſ. 72. num. 71. lib. 3., Oſaſchus deciſ. Pedemont. 163. num. 9. & ſeqq.*, & ſiquid ſtatuatur vltra quod eſt de iure communi, etiam tanquam forma habetur *Virgin. Boccac. ad conſuetud. Marchiæ gloſ. 6. num. 163. & 165.*

3 Illa ſolemnitas ſtatuti præſcribitur tanquam forma.

Contrarium tamen conſuluit *Baldus conſ. 60. Incipient. factum tale eſt. Quidam Franciſcus lib. 4.* volens, quod, ſi mater in tali rationum redditione ſeruauerit diſpoſitionem iuris communis, non ſubdatur pænis legis contra Matres ſecundo nubentes non reddita ratione adminiſtrationis, vbi plurima congerit pro vtraque parte, ſed tandem reſoluit Matrem binnubentem in hac hypotheſi eximi ab huiuſmodi pænis. Rationes pro hac ſua reſolutione plures agglomerat; & primo, quia in reddenda ratione à Matre non tàm ſcrupuloſa inquiſitio, quàm bona fides exigitur *l. qui filium ff. de manum. teſt. l. quamuis ff. de condit. & demonſt. & l. ſeruus vetitus ff. de leg. 1.*, nec omne

4 Sententia docens ſeruata forma iuris communis Matrem eximi à pæna, & ſi non ſeruauerit formam ſtatuti.

ius

ius commune cogitauit de scrupolositate statuti, ad quam iniustum esset artare seruum muliebrem per textum in l.fin. de regul. Catoniana, & in c. t. de consilit. in sexto. Secundo, quia statutum non disponit, quod, si aliter, quam per ipsum statuitur, reddatur à Matre ratio administrationis, Mater non liberetur à pœnis illatis contra non reddentes huiusmodi rationes, sed solummodo dicit, quod mater ad illam formam seruandam possit compelli, ergo, si recipiatur ab eadem Matre redditio rationum, & non compellatur ad illam formam, non afficietur pœnis, quibus subsunt Matres non reddentes rationem, quandoquidem, cum lex de hoc non disponat, nec nos disponere debemus.

Rationes pro hac secunda sententia afferuntur.

5 Sed, quidquid dixerit Baldus, sentiendum existimo, quod Mater non euitet pœnas priuationis quoad successionem filiorum illatas contra renubentes, & non reddentes rationem administrationis. Rationes pro prima opinione allegatæ videntur hanc responsionem euidentèr, seu concludentèr euincere, quibus hanc adde, quod mater conuolans ad secunda vota, quamuis tutorem filijs dari petierit, si tamen rationem administrationis non reddiderit, non eximitur à pœna priuationis quoad successionem filiorum per ea, quæ supra probauimus sub hoc eod. tit. de tut. & curat. 1. Disq. 2. §.25.num.2., & docent Baldus cons. 61. lib. 4. & in l. penult. C. in quib. caus., Castrensis cons. 154. num. 2. vol. 2., Garronis in auth. ex sacramento num. 27. C. de secundis nupt., Merlinus de legit. lib. 4 tit. 2. q. 4. n. 8. & 9. per textum in l. omnem C. ad Senat. Consult. Tertul., ergo, etiam si reddiderit rationes non tamen seruata forma statuti, non eximetur à tali pœna priuationis, quandoquidem paria sunt non reddere rationes, ac reddere vitiosè, & inutilitèr per textum in l. 1. §. in quibus ff. quod cuiusque vniuers. l. 6. cum ibi notat. ff. qui satisd. cog., Flaminius Parisius q. 46. num. 25. de consid. benef. Confirmatur, quia in alijs similibus, vbi statuta requirunt vel præsentiam agnatorum, vel parabolam Patris, vel quid aliud, si hæc omittantur, actus intelligantur nulli, ergo hoc idem erit sentiendum in casu præsenti.

Præfertur prima sententia.

Paria sunt non reddere rationem administrationis, & reddere inutilitèr.

6 Nec vim aliquam inferre posse videntur, quæ ex Baldo afferebantur. Non primum, quia non potest dici scrupolosa inquisitio eorum, quæ à iure expresse requiruntur ad validitatem actus, potissimum, quando ordinantur ad beneficium pupillorum, nec potest dici iniustum illud dispositum à iure in ordine ad mulieres, respectu quarum iura procedunt cum vberiori cautela, cum facilius possint decipi, & negotia inutiliter peragere. Non secundum, quia, quantumuis statutum non expresse disponat, quod mater non seruans illam formam non liberetur ab illa pœna priuationis quoad successionem; illa tamen non liberatio venit in necessariam consequentiam, quandoquidem, sicuti mater ab illa non liberaretur, si ante transitum ad secundas nuptias non redderet rationem administrationis, ita nec liberari censenda est, si quidem reddiderit, sed non vtilitèr iuxta superius allegata.

Soluuntur rationes secundæ sententiæ.

---

§. XLI.

An Mater excusetur à redditione rationis, si non habeat, de quo rationem reddat.

SVMMARIVM.

Explicatur in terminis particularibus sensus tituli. 1.

Sententia asserens Matrem in hac hypothesi non priuari iure ad successionem, si non reddiderit rationem administrationis. 2.

Illa modica administratio habetur pro non administratione. 3.

Mater etiam in hac hypothesi non reddens rationem administrationis priuatur iure ad successionem filiorum. 4.

Quod præscribitur tanquam forma poni debet indispensabilitèr. 5.

Soluitur obiectum deductum ex l. Thais §. spendophorus ff. de fideicom. libert. 6.

Item aliud deductum ex l. Iulius Paulus ff. de cond. & demonst. 7.

Item aliud deductum ex l. qui libertatis §. seruus ff. de euict. 8.

Disquisitio XLI. Mortuo marito, nulloque relicto filijs impuberibus tutore testamentario Mater eorundem filiorum tutelam intra tempora à iure præfinita suscepit; sed, cum breuiter morata fuisset in eadem tutela, vepotè quæ ab obitu primi mariti modicum distulit transire ad secunda vota, & pro illo modico tempore legitimè administrasset bona eorundem filiorum impuberum; ideo petito tutore, nullaque reddita ratione administrationis ad eadem vota conuolauit. Quæsitum hic fuit, an propter illam rationem administrationis non redditam censeatur amisisse ius ad successionem eorundem filiorum, si fortè in impubertate decesserint? 1

Exponitur textus tituli, & ratio dubitandi circa ipsum.

Non defuerunt aliqui apud Paulum Mon-

Montanum de tut. & curat. c. 15. num. 106., qui dixerunt, in hac hypothesi Matrem

2 Sententia asserens Matrem in hac hypothesi non priuari iure ad successionem, si non reddiderit rationem

non priuari iure ad successionem filiorum, & inter cæteros ibi allegantur *Castrensis cons. 264. in primo vol.*, *Corneus cons. 132. lib. 2. per textum in l. Thais §. spendephorus ff. de fideicom. libert. & l. Iulius Paulus ff. de condit. & demonst. & l. qui libertatis §. seruus ff. de euict.*, qui forte ea ratione mouentur, quia ibi nulla videtur necessitas reddendæ huiusmodi rationis administrationis, vbi nihil est, supra quod possit cadere huiusmodi redditio; sed quando mater pro breui tempore administrauit, & rectè, & legitimè administrauit, ita vt nullo modo facta sit debitrix ex tali administratione, nihil est, supra quod cadere possit talis redditio, ergo &c.

3 Illa modica administratio habetur pro non administratione.

Adde pro hac sententia, quod illa modica administratio habeatur pro non administratione. *arg. textus in c. licet causam 9. in verb. nulla vel modica de probat. c. cum te extra de re iudic. & l. 4. ff. de in integ. restit. l. 4. §. vlt. ff. de adil. edict.* vbi, quod modicum, & nihil sint æquiparata, & quod modicum pro nullo reputetur. Sed his minimè obstantibus.

Respondeo, matrem etiam in hac hypothesi non reddentem rationem priuari iure ad successionem filiorum. Idem

4 Mater etiam in hac hypothesi non reddens rationem priuatur iure ad successionem.

Paulus Montanus loc. quo supra, Baldus in auth. eisdem C. de secundis nupt., *& in l. omnem C. ad Tertul.*, *Ioannes de Garonibus in d. auth. eisdem num. 39.* Ratio ex eo deducitur, quia talis redditio rationis præscribitur tanquam forma ad effectum, vt euitetur pœna priuationis quoad successionem, vt supra, ergo quotiescunque omittatur, huiusmodi pœna non euitabitur; Neque obesse potest, si asseratur, quod forma inducta ob causam cessante eadem causa non sit necessaria, nec obliget, sed quando mater ad modicum tempus administrauit, & legitimè, ita vt ex eadem administratione non appareat debitrix, cessat causa, ob quam inductum est onus huiusmodi rationum administrationis, quandoquidem in tantum intelligitur onus impositum redditionis rationum, vt appareat, an administratrix sit debitrix, & ex debito obligetur ad re-

5 Quod præscribitur tanquam forma poni debet, ita vt si non ponatur, cesset actus.

liquatum, quæ certè ratio cessat, quando ad modicum administrauit, &, cum legitimè administrarit, non apparet de eius debito, quin potius apparet, quod non sit debitrix, ergo &c. Non, inquam, obesse potest primo, quia, cum aliquid præscribitur tanquam forma actus, eo omisso non potest actus subsistere, quantumuis in aliquo casu particulari cesset ratio, ob quam inducta est talis forma; iura etenim inducunt huiusmodi formas attenta causa, prout vt plurimum euenit, vnde, si in aliquo casu particulari cessat huiusmodi causa, non propterea cessat forma; secundo causa finalis, ob quam inducta est huiusmodi forma, est ad effectum, vt resultent iura pupillorum, si quæ sunt ex tali administratione, adeout, si talia iura appareant, obligetur mater ad solutionem, si non appareant, liberetur ab onere. Ad effectum autem vt legitimè constet de talibus iuribus præscribunt talem redditionem rationum.

Iura, quæ pro contraria sententia allegantur, non videntur vim inferre contra nostram responsionem; nam in primis textus *in dicta l. Thais §. spendephorus ff. de fideicom. libert.* solum dicit quod, 6

6 Soluitur argumentum deductum *ex l. Thais §. spendephorus ff. de fideicom. lib.*

si patronus legauerit libertatem seruo suo spendephoro, cum Thais nupserit in familia sua, & ipse spendephorus rationes administratas eidem reddiderit, & ipsa Thais adhuc viuente Patre in impubertate decesserit, & sic spendephorus non administrauit rationes eius; solum, inquam, dicit, quod idem spendephorus, cum sit lapsum tantum tempus post mortem filiæ, quæ, si viueret complesset annos duodecim, & sic esset nubilis, consequatur libertatem; quod nihil habet commune cum ijs, quæ dicuntur in nostra responsione, quandoquidem hic mater administrauit, & rationes non reddidit pro tempore, quo tenebatur reddere; ibi si non rationes reddidit, nec etiam administrauit.

Textus verò *in l. Iulius Paulus ff. de condit. & demonst.* dicit quidem, quod, si 7

7 Itē aliud deducti *ex l. Iulius Paulus ff. de condit. & demonst.*

seruo legata fuerit libertas cum contubernali suo, si rationes reddiderit, & mortuus fuerit seruus ante redditionem rationum, seruus, & contubernalis consequantur libertatem, si reliquatum non remanserit penes seruum; si verò remanserit reliquatum, quamuis de rigore iuris videatur vterque manumissus sub conditione, qua propterea non adimpleta neuter consequatur libertatem; ex æquitate tamen dicitur, quod seruus fuerit manumissus sub conditione, contubernalis autem eius purè, sicque quod illa coniunctio, *cum contubernali* non ad coniungendam conditionem, sed ad necessitudinem demonstrandam pertineat; ex quibus videtur erui, quod, quantumuis non fuerit reddita ratio administrationis, si tamen seruus non remaneat debitor, consequatur libertatem, quod quidem magnam vim facere videtur contra nostram responsionem, nam, si seruus iussus reddere rationem admini-

stra-

ſtrationis, vt libertatem poſsit conſequi, eandem conſequitur; quantumuis eandem rationem non reddiderit, dummodo ex illa adminiſtratione non remaneat debitor, ita videtur, quod Mater, quæ tenetur reddere rationem adminiſtrationis bonorum filiorum impuberum, quamuis illam rationem non reddiderit, dummodo non remaneat debitrix, adhuc retineat ius ad ſucceſſionem eorundem filiorum. Hæc tamen non videntur vim aliquam inferre aduerſus noſtram aſſertionem, quandoquidem ea, quæ dicuntur in hoc textu *in l. Iulius Paulus* procedunt, quia forma præſcripta ſeruari non poteſt, nec ſtat per ſeruum, quominus non impleatur, cum mortuus fuerit ante tempus illius formæ ponendæ, quando autem ſeruari non poteſt, quæ acta ſunt, valent etiam non ſeruata forma, dummodo effectus, ad quem ordinata eſt eadem forma, habeatur *Ioannes Andræas in c. in toto 80. de reg. iur. in ſexto, Abbas conſ. 25. col. 2. vol. 2., Alexander conſ. 206. dub. vlt. vol. 6., Crauetta conſ. 12. num. 2. conſ. 165. vol. 1.* In præſenti autem hypotheſi poterat Mater rationes illas adminiſtrationis reddere, & non reddidit, adeoque &c.

Textus tandem *in l. qui libertatis §. ſeruus ff. de euict.* non facit ad rem præſentem,

8 Item aliud deductum *ex l. qui libertatis §. ſeruus. ff. de euict.*

ſiquidem, licet ibi dicatur, quod ſecua ſit relicta libertas, ſi rationes reddiderit, non dicitur tamen ibi, quod non reddiderit, ſed quod nonnulla acta fuerint ab hærede, ex quibus quandoque oritur euictionis onus, quandoque non.

Vno verbo tota vis argumentorum, quæ deducuntur ex allegatis iuribus conſiſtit in eo, quod libertas fuerit legata ſub conditione redditionis rationum, & tamen, quod eadem libertas fuerit conſecuta, ſeu acquiſita, quantumuis illæ rationes non fuerint redditæ, dummodo legatarij non fuerint, ſeu remanſerint debitores reliquatus, adeoque hoc videatur etiam verificari in Matre, quæ rationes nõ reddidit, non tamen remanſit debitrix. Vno etiam verbo eorum vis infringitur, ſi dicatur, quod in caſibus allegatorum iurium, cum per legatarios non ſteterit, quominus illæ rationes fuerint redditæ, conditio illa habeatur pro adimpleta in fauorem libertatis, dummodo reliquatus non remaneat apud eoſdem ſeruos legatarios propriæ libertatis, quæ non verificantur in matre, reſpectu cuius, cum potuerit illa conditio adimpleri, non poteſt haberi pro adimpleta, nec reſpectu ipſius militat aliqua cauſa priuilegiata.

Rationes contrariæ omnes ſimul euacuantur.

§. XLII.

An, ſi tutor datus occultauerit minoritatem ætatis ſuæ, & tutelam ſuſceperit aliqua pœna afficiatur.

SVMMARIVM.

Titulus expoſitus in particulari. 1.

Tutor, & curator dari nequeunt, qui non compleuerint 25. annum. 2.

Tutor, qui celauit minoritatem ætatis, & geſſit, obligatur perinde, ac ſi fuerit maior, nec iuuatur reſtitutione in integrum. 3.

Iura ſubueniunt errantibus, non decipientibus. 4.

Diſquiſitio XLII. Per Iudicem datus eſt Titius tutor filiorum Antonij præmiſſa debita inquiſitione, ex qua tamen non reſultauit minoritas eiuſdem 1

Titij, nec ipſe eandem aperuit. Aſſumpſit Titius eandem tutelam, & durante tali minoritate negotia plura peregit fortè etiam in præiudicium pupillorum. Hic excitata fuit controuerſia, an ad aliquam pœnam ratione illius doloſæ occultationis teneatur, & quamnam?

Facti ſeries expoſita.

Tutorem, aut curatorem pupillorum, & reſpectiuè minorum non poſſe conſti- 2

tui, niſi compleuerint annum 25. ſuæ ætatis adeo vt, ſi datio alitèr fiat, ſit nulla, habetur in textu *§. fin. inſtit. de fiduc. tut., & ibi Gloſa, & §. furioſus, vel minor inſtit. Qui teſtam. tut. dar. poſſint in fine*, & licet aliqui contendant, quod non ſit inualida talis datio, ſed ſolummodo ſuſpendatur exercitium adminiſtrationis eiuſdem tutelæ, donec peruenerit ad perfectam ætatem annorum 25.; hoc ad ſummum tamen poteſt intelligi quoad tutorem teſtamentarium, cum teſtator poſſit dare ſub conditione, & in diem per ea, quæ in præcedentibus latè explicuimus, non autem quoad tutorem datiuũ, cum Iudex, qui illum dat, nec poſſit cõditionem, nec diem apponere. Suppoſito iam, quod à Iudice fuerit datus ante talem ætatem, & ipſe cælans minoritatem acceptauerit, geſſerit, & adminiſtrauerit, quid erit de iure contra ipſum ſentiendum?

Tutor, & curator pupillorum, & minorũ, non poteſt dari, qui non compleuerint 25 annum.

Reſpondeo tutorem ſic datum, qui cælauit minoritatem ætatis, & aſſumpta tutela eandem adminiſtrauit, obligari perindè, ac, ſi eſſet maior, nec iuuari reſtitutione in integrum *Borgninus Caualcanus de tut., & curat. nu. 6., Ruinus conſ. 97.*

circa

3 *circa primum vol. 5.*, qui, quamuis ad hoc fuerit allegatus à dicto Caualcano, hoc tamen expresè non affirmat, vt legenti sit manifestum. Rationem ex eo deduco, quia minor dolose se faciens maiorem priuatur restitutione in integrum ratione doli, & deceptionis, per textum *in l. si is, qui minorem C. si minor se maior dixerit*, vbi etiam redditur ratio, quia iura subueniunt errantibus, non decipientibus *Mauris de fideiuss. part. 2. sect. 6. c. 3. n. 144.*, *Tuschus lit. M. concl. 243. per tot.*, *Mysinger. cons. 4. obseruat. 20.*, *Paulus Christinus decis. Belg. 21. nu. 3. vol. 2.*, *& decis. 131. per tot. eod. vol. 2.* Nec dignus videtur priuilegijs ætatis, qui eandem ætatem per fictionem, & dolum recusauit.

Tutor, qui cælauit minoritatem ætatis, & gessit, obligatur, ac si esset maior nec iuuatur restitutione in integrum.

4 Iura subueniunt errantibus, non decipientibus.

Nec obesse potest, si asseratur, quod stante statuto, quod minor nō contrahere, vel quasi cōtrahere, nec obligari possit sine certa solemnitate, videatur etiam non posse obligari ex administratione alterius sine eadem solemnitate, & ideo, cum quasi contractus annulletur, ex quo obligari solet, qui alterius negotia gerit, per textum *in l. ex maleficijs §. 1. ff. de act. & oblig.*, *& §. 1. instit. de oblig. quæ ex quasi contract.* non videtur ex illa administratione minor obligari, adeoq; omnia per eum gesta videntur irritanda, vel saltem eidem succurrendum de restitutione in integrum. Non, inquam, obesse potest, quia, vbi dolus interuenit, & deceptio, dolus ipse non potest suo suffragari auctori, & licet de iure communi minori, qui negotia alterius gessit, esset succurrendum cessante etiam statuto; hoc tamen fallit, quando minor esset in dolo, per textum *in l. 3. §. pupillus iuncta glossa ibid. ff. de negot. gest.* Nec obstat, quod statutum ipsum liberet à quasi contractu, & sic ab administratione futura; Non obstat, inquam, quia hoc non intelligitur interueniente dolo, quo alterum decepit per textum *in l. si seruus vetitus, & ibi communiter scribentes ff. de legat. 1. & l. ab Aurelio §. Caius ff. de liber. leg.* Quod, si dicatur, quod minor non possit priuari priuilegio ætatis in sui damnum, cum minor in fauorabilibus alterum sibi obliget, non se ipsum alteri in odiosis; hoc tamen semper fallit, quoties ex parte eiusdem minoris interuenit dolus, qui nunquam potest eidem suffragari.

Vbi dolus interuenit, ibi doloso non succurritur.

§. XLIII.

An stante statuto reducente maioritatem ad minus tempus, quam præscribatur à iure communi, possit in illa ætate statutaria constitutus esse legitimè tutor.

SVMMARIVM.

Sensus tituli expositus. 1.
Per statutum potest abbreuiari tempus legitimæ ætatis. 2.
Sententia asserens, hoc statutum non habilitare quoad omnia. 3.
Sententia Caualcani asserentis habilitare quoad tutelas suscipiendas. 4.
Rationes, & iura contra Caualcanum. 5.
Statutum hoc habilitat etiam in ordine ad tutelas suscipiendas. 6.
Maior sic effectus potest donare, vendere &c. 7.

Disquisitio XLIII. Extat alicubi statutum præscribens, quod, qui compleuit vel decimum sextum, vel decimum octauum suæ ætatis annum possit tanquam maior se obligare, contrahere, quasi contrahere, distrahere, ac disponere, perindè, ac, si esset maior. Hoc stante Titius, qui dumtaxat peruenerat ad illam ætatem statutariam, datus fuit vel per testatorem, vel per Iudicem tutor quorundam filiorum impuberum. Quæsitum hic fuit, an validè posset onus illud tutelæ sibi iniunctum exercere? 1

1 Exponitur titulus in terminis singularibus.

Posse per statutum abbreuiari tempus legitimæ ætatis, & minoritatem de iure communi alligatam ætati annorum vigintiquinque reduci ad minus tempus admittunt magis communitèr DD. præcipuè *Baldus in tract. statutorum in verbo statuere n. 12.*, *Socin. cons. 20. nu. 11. vol. 1.*, *Decius in c. ex parte sub n. 9. de appell.*, & in hoc consentiunt, quotquot sustinent per iura municipalia locorum posse fieri derogationem iuri communi, cum hæc facultas tradita sit ipsis statuentibus ex dispositione iuris communis. 2

2 Per statutum potest abbreuiari tempus legitimæ ætatis.

Difficultas solummodo esse potest, an dispositio illa statutaria habilitet constitutum in illa ætate sexdecim, vel decem, & octo annorum ad omnia, adeoq; etiam ad tutelas filiorum impuberum suscipiendas; quandoquidem statutum disponens simpliciter, quod ætas decem, & octo annorum habeatur pro plena, & perfecta 3

3 Sententia asserens hoc statutum nō habilitare quoad omnia.

tan-

tanquam, si esset vigintiquinque annorũ non habilitat quoad omnia, vt signantèr in terminis alienationis statuunt *Asinius in praxi §. t. c. t. num. 24., Gratianus discept. for. c. 233 n. 21., & seqq., Tenzonus ad statut. Vrbis c. 47. nu. 7., Montanus de tut., & curat. c. 33. nu. 6 t 8., Simoncellus lib. 3 tit. 8. n. 24.*, vbi statuunt, quod illud statutum habilitet quidem quoad alienationem mobilium, non autem immobilium; ex quibus planè deducitur, quod illa dispositio statutaria non extendatur ad omnia, & iure quidem congruo videtur hoc statui, quandoquidem, cum statutum illud corrigat quodamodo ius commune, est talitèr interpraetandum strictè,

4 Sententia Caualcani asserẽtis habilitare quoad tutelas suscipiendas.

vt minus, quam fieri possit, lædat iux commune. Sed, an in particulari intelligatur habilitare in ordine ad tutelas suscipiendas affirmat *Borgninus Caualcanus de tutor. n. 7.*, quod alia ratione non videtur firmare, nisi, quia per illam statuti dispositionem arbitratur habilitari ad omnia perindè, ac, si verè esset 25. annorum.

Sed huic Caualcani opinioni videtur obsistere, quod dispositio iuris communis, quod non præficiantur pupillorum tutelæ, nisi, qui compleuerint annos 25. est maximè fauorabilis eisdem pupillis, vtpotè, quod in tutoribus ad rectè regendas pupillorum personas, & substantias requiritur plena maturitas, & perpensum consilium, qualis, seu quale à iuribus consideratur in tali ætate, & non antecedentèr, ergò dispositio, quod præficiantur ante talem ætatem erit potius noxia, quam fauorabilis eisdem pupillis, ergo non est præsumendum, quod iura municipalia restringentia maioritatem ad decimum sextum, vel decimũ octauũ annum voluerint derogare iuri communi in omnibus, adeoq; etiam in ordine ad tutelas suscipiendas; tum quia iura huiusmodi municipalia, quæ in hac parte

5 Rationes & iura contra Caualcanum.

videntur minoribus fauere, dum eos faciunt maiores ante tempus à iure communi præscriptum, non debent concipi, vt alijs noxia, & minus proficua, vndè restringi debent ad ea, quæ concernunt res, & negotia eorundem minorum, non prorogari ad ea, quæ ad alios spectant, quæque illis possunt obesse; tum quia iura municipalia ita sumi debent, vt minus, quam par sit lædant ius commune, & sicuti iuxta placitum DD. quos supra allegauimus, dispositio statutaria restringens maioritatem ad annos 18. habilitat solum quoad alienationem rerum mobilium, non autem immobilium ob rationem mox allegatam, quod scilicet dispositio municipalis sumenda sit, vt minus correctoria iuris communis, ita eadem sic restringens maioritatem ætatis videtur ad summum habilitare quoad negotia propria, non quoad aliena pupillorum, quæ exigunt plenam maturitatem, & perpensum consilium.

Adde, quod, sicuti priuilegia non intelliguntur concessa in aliorum præiuditium, nisi de hoc fiat expressa mentio, ita nec statuta intelliguntur condita in aliorum præiuditium, nisi expresè de hoc loquantur; hoc autem statutum restringens maioritatem ætatis videtur secundum se pupillis præiudiciale, adeoq; &c. cum à priuilegijs ad statuta valeat argumentum. Quid iam in hac controuersia concludendum?

Memini me *sub hoc eod. tit. de tut., & curat. t. prænot. 13. n. 56.* nonnulla circa hanc difficultatem attigisse, & signanter, quod stante statuto reducente maioritatem ad annum decimum octauum, mater priuetur successione filiorum, si postquam peruenerit ad talem annum non petierit intra tempus à iure statutum tutorem filijs impuberibus, quod etiam firmauerat *Salicetus in l. 2. ff. de his, qui ven. ætat. impet.* ex quibus videtur deduci, quod ætas illa statutaria habilitet etiam in ordine ad tutelas suscipiendas, quandoquidem ætas, quæ obligat matrem ad petendum filijs tutorem, est apta, vt ipsa etiam possit tutelam suscipere.

6 Statutum hoc habilitat etiã in ordine ad tutelas suscipiendas

Quamobrem ijs retentis, quæ ibidem dicta sunt, arbitror stante tali statuto cõstitutum in ætate statutaria aptum esse ad suscipiendam pupillorum tutelam. In hoc consentiunt quotquot sustinent per huiusmodi statutum habilitari quoad omnia, & præcipuè *Gratianus* parum sibi constans *discept. for. c. 535. n. 3., Cardinal Seraphinus decis. 711. num. 2. part. 1., Mandos de ætate min. c. 5. nu. 83., qui omne loquuntur in terminis statuti Vrbis*, secundũ quod ætas viginti annorum habetur pro perfecta, non secus, ac, si esset viginti quinque annorum, & in terminis statuti Florentiæ *Gaballinus cons. 180. n. 46. lib. 1., Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. statutum Generalia, & mixta de statutis nu. 46. vers. quod immo huiusmodi statuta.* Ratio ex eo deducitur primo, quia nõ videtur requiri maior habilitas ad gerenda aliorum negotia, ac requiratur ad gerenda propria, & sicuti ex supradictis quem habilem, non agnoscunt tura ad propria, nec agnoscunt habilem quoad aliena, ita ècontrario, quem habilem constituunt ad sua, & habilem ad aliena constituere censenda sunt; sed ex eo, quod iura municipalia restringant

Non requiritur maior habilitas ad gerenda negotia aliena, ac ad gerenda propria.

maiori-

maioritatem ad annum decimum octauũ intelliguntur in tali ætate constitutum habilitare ad sua negotia peragenda, ergo, & ad aliena. Secundo, quia huiusmodi iura per talem contractionem maioritatis habilitant ad contrahendum, & quasi contrahendum, & sic ad se obligãdum ex contractu, & quasi contractu; obligatio autem ex quasi contractu oritur ex administratione rerum alienarum per textum *in l. ex maleficijs §. 1. ff. de act., & oblig., & §. 1. instit. de oblig., quæ ex quasi contract.* ergò intelliguntur habilitare etiam quoad administrationem rerum alienarum.

7 *Maior sic effectus ex statuto potest vendere, simplicitèr donare &c.*

Nec obstant, quæ ex aduerso afferebantur; non primum desumptum ex eo, quod maior effectus ex dispositionè statuti non intelligatur habilitatus ad alienationem rerum immobilium, quandoquidem communius docent, quod sic maior effectus reputandus sit maior absolutè quoad omnes effectus etiam ad donandum, vendendum quomodocunque, vndè ex hoc capite non poterit allegari aliqua nullitas contractus (*Castrensis in l. 2. nu. 9. C. de his, qui ven. ætat. impet., Corneus conf. 108. nu. 6. lib. 3., Caldas de restit. in integr. in verb. vel aduersarij dolo num. 66. in fine*, quod etiam firmasse videtur *Gratianus parum sibi constans discept. forens. c. 488. à n. 1. ad plures seqq., & c. 975. num. 29.*

Non secundum, quod dispositio iuris communis statuens maioritatem ad annum 25. sit fauorabilis pupillis in ordine ad eorum tutores, & per consequens, quod illa statutaria reductio ad annos minores videatur quoquo modo eisdem noxia. Non obstant, inquam, quia quidquid sit, quod per ius commune cautius prouisum sit pupillis in dispositione, quod eorum tutores debeant esse annorum 25., hoc tamen inductum est, non ex speciali ratione pupillorum, sed ex generali regula, secundum quam ex alia dispositione iuris communis probibentur minores ad contrahendum, vel quasi contrahendum sine curatorum assensu; Cum ergo hæc dispositio intelligatur sublata per dispositionem iuris municipalis abbreuiantis tempus legitimæ ætatis ad contrahendum, vel quasi contrahendum, non est, cur non intelligatur etiam sublata in ordine ad tutelas suscipiendas; nec in hoc casu consideranda videtur illa maior vtilitas, quæ fortè prouenire posset pupillis, si illis datus fuerit tutor, qui compleuerit 25. annum, quandoquidem solum habenda est ratio illius vtilitatis, seu ætatis, quam iura statuunt, cæteroqui semper ex necessitate magis idonei essent præficiẽdi tutelis; quod non admittitur.

Soluitur aliud argumentũ deductũ ex eo, quod statutum videatur noxium pupillis.

Non tertium, quod iura municipalia, vtpotè correctoria iuris communis sint strictè intelligenda, ita vt minus, quam fieri possit, lædant idem ius commune; quandoquidem in hoc nulla fit interpretatio, nec extensio, sed habetur expressa dispositio, cum etenim iura municipalia constituant maiorem in illa ætate præscripta sine vlla restrictione, sed simplicitèr, venit in consequentiam, quod constituant maiorem quoad omnia perindè, ac, si essent maiores, iuxta dispositionem iuris communis.

Supposita reductione maioritatis ad annũ 18. venit in consequentiã, quod in illa ætate constitutus, possit tutelam regere.

Non tandem illud, quod dicitur de argumento à priuilegio ad statutum, & è contra, quandoquidem cum statutum sit latè conceptum, & sine vlla penitus restrictione, non est, cur non debeat latè intelligi, quod idem intelligendum est de priuilegio, quando latum est sine vlla limitatione, quia tunc non intelligitur extensio, sed mera dispositio; nec potest dici, quod statutum illud sit noxium pupillis; cæteroqui deberet dici noxium etiam ijs, qui fiunt maiores ante tempus à iure communi præscriptum, quandoquidem, si ex eo, quod in ætate annorũ 25. salubrius in eisdem præsumitur consilium, & magis perpensum iudicium, ac in minori 18., dicitur, quod quoquo modo illud statutum esset eisdem pupillis, quibus ille tutor præficeretur, noxium, ex eo etiam, quod in tali ætate 25. annorum præsumi possit maius consilium in ordine ad gerendas res proprias, statutum abbreuians illam ætatem dicendum esset noxium eidem facto maiori in illa ætate minori.

Aliud argumentũ dissoluitur.

---

§. XLIV.

An, si Pater disposuerit in testamento, quod filij stent sub tutela, & cura tutoris vsq; ad 25. annum, stante statuto abbreuiante ætatem legitimam ad 18. annum, eximantur ab onere curæ ad tempus statuti, an verò ad tempus à Patre præscriptum.

SVMMARIVM.

Explicatur sensus tituli propositi. 1.
Sententia asserens, debere permanere sub cura illius tutoris, seu curatoris vsque ad 25. annum. 2.
Iura pro hac sententia. 3.

Sen-

Sententia asserens,eximi ab onere curæ , cum primum peruenerint ad ætatem statutariam. 4.
Iura pro hac secunda opinione. 5.
Debent permanere sub cura tutoris vsque ad 25. annum. 6.
Soluuntur rationes contrariæ sententiæ. 7.

DIsquisitio XLIV. Pater condito suo vltimo testamento constituit filijs
1 Explicatur planè tituli sensus.
suis impuberibus tutorem iubens eosdem filios permanere sub eius tutela secundum dispositionem iuris vsque ad annum 14. eorum ætatis, & subindè sub eius cura vsque ad annum vigesimum quintum, secundum quod præscribitur à iure communi. In eo loco extat ius municipale, quod constituit filios in perfecta ætate, quando compleuerunt vel decimum sextum, vel decimum octauum annum, adeo vt tunc possint habere perfectam administrationem bonorum suorum perindè, ac, si secundum ius commune compleuissent vigesimum quintum annum. Excitata hic fuit controuersia, an perseuerare debeant filij sub cura talis tutoris, seu curatoris vsq; ad annum 25. secundum dispositionem iuris communis, & voluntatem expressam testatoris, an verò solummodò vsq; ad decimum sextum, vel decimum octauum annum iuxta tenorem statuti?

Videtur prima fronte asserendum, quod vtique filij permanere teneantur sub cura illius tutoris,seu curatoris dati à Patre vsque ad annum 25. non ob-
2 Sententia asserens debere permanere sub cura tutoris , seu curatoris vsque ad 25.annũ.
stante illo statuto restringente maioritatem ad annum sextum decimum , vel decimum octauum , quandoquidem testatoris suprema voluntas pro lege seruanda est *c.2. vers.disponat auth. de nuptijs nouel.22.*, & testatoris in disponendo potestas maior est, quam statuti *Decius cons. 11. num.9. vers. non obstat , Cranetta cons. 174.num.6., Phylip.Matth.1.cons.Marpurg. 20.num.6.*, quod adeo fortius videtur, quando cum voluntate testatoris concurrit dispositio expressa iuris communis *Gratianus discept. for. c.824. num.5. & seqq., Menochius de præsumpt. lib.4. præsumpt.202. per tot., Rota Romana part. 12. recent.decis.194.* vbi,cum in controuersia,
3 Iura pro hac sententia.
an testator se conformauerit dispositioni iuris communis,an verò iuris municipalis dicant,quod censeatur se conformasse cum iure communi, vtique supponunt, quod possit à iure municipali recedere, & adhærere in suis dispositionibus iuri communi.

Ex aduerso *Gratianus discept. for. c. 488. à nu.1. vsque ad 8.* sustinet, filios constitutos in ætate statutaria posse exercere quæcunque munera,contrahere quascunque obligationes, & eximi à quocunq; onere perindè,ac si essent in ætate
4 Sententia asserens eximi ab onere curæ, cum peruenerint ad ætatem statutariam.
à iure communi præscripta ; atque pro hac sua opinione recenset innumeros ferè DD. , & simul nonnullas adducit pro eadem rationes consistentes vel in eo, quod testator in sua vltima voluntate non possit tollere vim legum, & quod non habeant locum in suo testamento *idem Gratianus discept. for. c. 853. num.22.* vel in eo, quod ætas statutaria intelligatur subrogata pro ætate legitima 25. annorum, prout videntur docere *Corneus cons.108.num.6.& 7.lib.3., Castrensis in l. 2. num.9. C.de his qui ven.ætat. impet. & alij* ab eodem Gratiano allegati *d.c.488. num.4.*
5 Iura pro hac secũda opinione.

In hac sententiarum oppositione sentiendum existimo iuxtà primam, huius-
6 Debent permanere sub cura tutoris vsq; ad 25.annum.
modi filios permanere debere sub cura tutoris dati à Patre vsque ad 25. annum non obstante statuto restringente ætatem legitimam ad annum decimum octauum. Consonat cum ijs, quæ nos docuimus supra *sub hoc eod.tit. de tut. & curat.1. Disq.2.§.20.*, & hoc deductiuè ex textu *in l.Pater Seuerinam §. conditionem ff.de condit.& demonst.*, vbi,cum Pater dedisset filijs suis tutores relicto eisdem tutoribus fundo sub fideicommisso, si tutelam administrauerint vsque ad 18.annum filiorum , cumque hoc munus adimpleuissent vsque ad illud tempus, ita tamen vt tutelam exercuerint vsque ad 14. annum , & postea curam vsq, ad 18.præscriptum à testatore,quæsitum fuit, an eisdem tutoribus deberetur fundus ab eodem testatore legatus , ibique conclusum est affirmatiuè, addita ratione, quod præsumatur talis fuisse voluntas testatoris , quatenus voluerit se conformare dispositioni iuris communis, secundum quam tutela durat solum ad annos 14. & subinde incipit cura;ex qui- Rationes pro hac nostra responsione.
bus deduco, quod, cum decisio hæc refundatur præcisè in præsumptam voluntatem testatoris, vtique inferri legitimè possit, quod, si fuisset expressa voluntas eiusdem testatoris, vt tutela protraheretur vsque ad 18. annum, vtique esset protrahenda,cæteroqui inanis fuisset illa quæstio excitata in dicto textu, si Pater munus tutelæ non potuisset ad illud tempus protrahere ; ex quibus etiam infero ad rem nostram,quod,cum voluntas Patris fuerit expressa , quod cura protraheretur vsque ad 25. annum non obstante statuto minorante ætatem legitimam, vtique vsque ad illum annũ sit protrahenda ; si enim non obstante, quod de iure communi tutela perseue-

rat solum ad decimum quartum annum, testator potest illam protrahere, ita non obstante, quod secundum dispositionem iuris municipalis cura perseueret solum vsque ad 18. annum testator poterit illam protrahere se conformans etiam dispositioni iuris communis vsque ad 25.

Probatur iam directè nostra opinio ex ijs, quæ docet *Gratianus discept. for. c.824. num.5. & c.942. num.9.*, quamuis sit oppugnator nostræ opinionis *in c.488. num. 1. & seqq.*; Ipse enim locis allegatis supponit, quod circa aliquod punctum existente iure communi, & municipali testator potius intelligatur se conformare dispositioni iuris communis, quam statutariæ, ad quod etiam allegat *Ruinum cons.40. num.10. lib.3.*, *Marzar. cons.35. nu. 18.*, *Rotam Romanam lib.4. diuers. decis. 424. num.2. in vers. nec ad rem facere*, ergo, quia supponitur posse à iure municipali recedere, & adhærere communi.

Existente iure communi, & municipali Pater potest se conformare iuri communi.

Confirmatur, quia potest Pater in commodum, & vtilitatem filiorum eisdem prohibere, ne vsq; ad certum tempus alienent bona, nec etiam legitimam *Michael Crassus in § legitima q.38. nu. 16.*, *Decius cons.442. num.29.*, *Boerius decis. 87. nu.5.*, *Ioannes Baptista de Barbobus de filijs fam. part.1. q.21. num.42.*, quinimmo instituendo filium potest eidem prohibere, ne alienet, antequam perueniat ad annos 30., & talis prohibitio tenet etiam quoad legitimam *Andreas Alciatus de præsumpt. præsumpt.2. num. 3.*, *Castrensis cons. 77. incip. visis, & consideratis vol. 1. in nouissim.* non obstante, quod omni iure reclamante legitima debeat esse libera, & de iure communi completo anno 25. possit quis de rebus suis simpliciter disponere, vbi aliud non obstet; ergo etiam poterit constituere, vt filij permaneant sub cura tutoris ab eodem dati vsque ad annos 25. non obstante, quod ius municipale constituat maioritatem in anno 16. vel 18., cum hoc respiciat maiorem vtilitatem eorundem filiorum arg. eorum, quæ tradunt *Suarez Hispanus in l. quoniam in prioribus limit.1. num. 1. C. de inoff. testam.*, *Alexander in l. mulier ff. ad Senat. Consult. Trebel. num.3.*, *Antonius Gomez var. resol. tom.1. c.2. num.27.*, *Antonius Gabriel in tit. de legitima concl. 1. num.20.* vbi, quod conditio possit imponi super legitima, & protrahi tempus, ne possint alienare etiam vltra quod iura præscribunt, quando hoc cedere potest in fauorem, & vtilitatem eorundem filiorum, & per dictam *l. quoniam in prioribus* videtur corrigi textus *in l. filijs Matrem C. de inoffic. test.*, *& cætera iura in contrarium disponentia* teste eodem *Ioanne Baptista de Barbobus de filijsfam. part.1. q.21. num. 40.* Si igitur potest protrahere tempus iuris, ne filij possint bona sua distrahere, nisi elapso illo tempore prorogato, cur non poterit constituere, vt permaneant filij sub cura tutoris vsque ad tempus 25. annorum per ipsum præscriptum iuxta dispositionem iuris communis? Cum etenim cura ad differentiam tutelæ detur principalitèr rebus, si potest testator disponere, ne res illæ, nisi elapso præscripto tempore, distrahantur, seu distrahi possint, poterit etiam disponere, quod pro illo tempore remaneant sub cura tutoris.

Aliæ rationes valde congruæ ad idem comprobandum.

Nec obstare videntur rationes pro contraria sententia adductæ. Non prima fundata in eo, quod testator in sua dispositione non possit efficere, quin leges habeant locum in suo testamento, nec disponere contra dispositionem iurium; quandoquidem iura sunt in duplici differentia; alia dispositiua, & inferentia necessitatem, alia facultatiua, & quodamodo ex indulgentia; primi generis sunt illa, quæ præscribunt formas, & conditiones seruandas in actionibus, & dispositionibus; secundi generis sunt illa, quæ quoquo modo indulgent in ijs, quæ requiruntur de iure communi; aduersus prima non potest testator disponere, benè tamen aduersus secunda, quando dispositio cedere debet in vtilitatem illorum, in quorum fauorem inducta est illa indulgentia; Non secunda deducta ex eo, quod illa minor ætas statutaria subrogata intelligatur pro ætate legitima; quandoquidem, cum subrogata intelligatur non restrictiuè, sed quodamodo facultatiuè, non potest habere locum, quando aliter testator vtitur illa facultate, vt in casu nostro.

7 Soluuntur rationes contrariæ sententiæ

§. XLV.

An idem sit tempus tutelæ pro masculo, ac pro fæmina.

SVMMARIVM.

Sensus disquisitionis exponitur. 1.
Sententia asserens prius eximi ab onere tutelæ fæminam, quam masculum. 2.
Cur iura præscripserint tempus pubertatis ad eximendos pueros ab onere tutelæ. 3.
Non ideo pro illo tempore eximerunt, quia pro illo intelligantur apti ad generationem. 4.
Sed quia pro illo tempore est præsumptio salubrioris iudicij. 5.
Non est fæmina prius eximenda ab onere tutelæ,

tela, quam masculus, & quare. 6.

In ijs, quæ pertinent ad directionem rationis fæmina non præuenit masculum, sed potius præuenitur. 7.

Licet, quæ dicta sunt, verum habeant sistendo in rationibus; attentis tamen iuribus contraria opinio magnam vim habet. 8.

1 Explicatur sensus disquisitionis.

DIsquisitio XLV. Iuxta dicta in præcedentibus tutela eo vsq; perseuerat, quousque filij perseuerant in impubertate, & cessat impubertate cessante. Rursus pubertas regulariter in masculo incipit anno decimoquarto ætatis eiusdem, in fæmina verò anno duodecimo, prout habetur *in §. 1. Instit. quib. mod. tut. fin. Egidius de Casteion. in Alphab. iurid. verb. pupillus, Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verbo pubertas num. 1., & verb. pupillus item num. 1.* His suppositis modo inquirimus, an, sicuti fæmina prius peruenit ad pubertatem, quam masculus, ita prius eximatur ab onere tutelæ?

2 Sententia asserens prius eximi ab onere tutelæ fæminam, quã masculũ.

Communius affirmant, prius eximi ab onere tutelæ fæminam, quam masculos deducto fundamento ex eo, quod tutela cessat cessante impubertate per textum *in l. 1. C. quando tut. vel curat. esse des. Instit. Quib. mod. tut. fin. in princip.*; impubertas autem prius cessat in fæmina, quam in masculis per allegat. textum *in §. 1. Instit. Quib. mod. tut. fin., Montanus de tut. & curat. c. 29. num. 35.* Sed quia ratio pubertatis citius acquisitæ in fæmina non videtur posse esse sufficiens ratio, ob quam etiam citius eximi debeat ab onere tutelæ, ideo quæstionem hanc placet exactius ex professo perpendere.

3 Cur iura præscripserint tempus pubertatis ad eximendos pueros ab onere tutelæ.

Si inquiramus, cur iura præscripserint tempus pubertatis ad eximendos pueros ab onere tutelæ? Crederem omnes fore responsuros, hoc ideo præscriptum, quia pro illo tempore iura præsumunt sufficientem maturitatem, & iudicium ad se, suasque operationes regendas, licet non ita perfectum in ordine ad res suas administrandas, & propterea acquisita pubertate assignant puberibus vsque ad annos 25. curatorem, qui principaliter datur rebus, & non nisi secundario personis.

4 Non ideo pro illo tempore eximerunt à tutela, quia pro illo apti sint ad generationem.

Nec congruè arbitrandum crederem, præscriptum esse illud tempus ad eximendos pueros ab onere tutelæ, quia pro illo tempore apti intelligantur ad generationem, licet pubertas propriè consideretur in ordine ad illam, vt notauit *Paulus Zacchias qq. medic. legal. lib. 1. tit. 1. q. 6. num. 25. & seqq.* eo, quod infallibile pubertatis signum sit concipere, & generare posse, quod contingit, quando masculus incipit semen emittere, vel fæmina primum menstruũ experitur. Non, inquam, congruè arbitrandum, quandoquidem regimen, & gubernium habetur à prudenti iudicio, non ex præpropera facultate ad generandum, vnde iura tempus exemptionis ab onere tutelæ affixerunt tempori pubertatis, eo quia in illo est præsumptio salubrioris iudicij, non quia in illo formaliter sit potentia ad generandum, quæ secundum se conferre non potest ad prudens regimen.

5 Sed, quia in illo tempore est præsumptio salubrioris iudicij.

6 Fæmina non est eximenda ab onere tutelæ præuentiuè ad masculũ, quamuis in ea præueniat facultas generationis.

Cum igitur in fæmina, licet acceleretur facultas, & potentia ad generationem, non tamen iudicij maturitas præueniat, quin potius ipsa in hoc fragilior, & imbecilior sit masculo seruata etiam proportione annorum non videtur in ea pro tempore pubertatis primo acquisitæ hoc est duodecim annorum vigere ratio, ob quam debeat immunis reddi ab onere tutelæ præuentiuè ad masculum; ex quibus videtur destrui generalis regula, qua dicitur indefinitè, quod adueniente pubertate cesset onus tutelæ quoad fæminam, hoc est annis duodecim eiusdem ætatis.

7 In ijs, quę spectant ad directionem rationis fæmina non præuenit masculũ, sed potius præuenitur.

Ad hoc etiam conferre videtur id, quod docebamus in quæstionibus de sponsalibus, vbi quod in ordine ad ea, quæ spectant ad consensum in sponsalibus septennium sufficiat in vtroq; tàm in masculo, quàm in fæmina, licet eadem ætas non sufficiat in vtroque ad contrahendum matrimonium, & hoc ea ratione, quia in ijs, quæ pertinent ad directionem operationum, & ad regulam rationis reputantur æquales, licet fortè ratione sexus maioritas præsumatur in masculo, licet secus se habeat in ordine ad facultatem generationis. Cum igitur regimen, & gubernium potissimum spectet ad directionem rationis, videtur concludendum, quod non nisi in ea ætate, quà regimen sui ipsius conceditur masculo, sit concedendum etiam fæminæ, adeoque etiam, quod vtrique exemptio a tutela sit pro eodem tempore tribuenda.

8 Contraria sententia attentis iuribus vim etiam magnam habet.

Hæc omnia mihi magnam vim facere videntur. Nihilominus, quia expressos textus habemus *in d. l. 1. C. quando tut. vel curat. esse desin.* Ibi *Pubertate pupilli tutorem officium finiri, & in l. indecoram C. eod.* præscribitur tempus pubertatis in fæmina duodecim annorum Ibi *Quemadmodum fæminæ post impletos duodecim annos omnimodo pubescere iudicantur.* Item *in §. 1. Instit. Quib. mod. tut. fin.* ideo captiuãtes intellectum legum huiusmodi sanctionibus, & communi DD. in hoc scribentiũ assensui, & auctoritati, licet quasi contra conscientiam locũ aliquem ipsis damus.

§. XLVI.

An tutor datus proponens vnam excusationis causam, si eam probare non potuerit, possit aliam proponere, & probare.

SVMMARIVM.

Declaratur sensus tituli. 1.

Nonnulla ad intelligentiam tituli remissiuè. 2.

Articuli circa titulum examinandi. 3.

Si omnes causæ fuerint simul protestatæ, non tamen omnes expositæ probationi, & expositæ non fuerint probatæ, sed reiectæ, potest alias exponere, quibus probatis est excusandus. 4.

Si omnes non fuerint ab initio protestatæ, poterunt durante tempore protestari, & probari. 5.

Tempus ad probationem aliarum causarum non incipit à die reprobationis primarum, sed à die notitiâ habitæ de propria electione. 6.

An huiusmodi nouæ causæ sunt proponendæ intra 50. dies, an verò intra quatuor menses? Rationes pro vtraque parte referuntur. 7.

Probabilius sunt proponendæ intra 50. dies. 8.

Solutio instantiæ deductæ ex §. qui autem vult Instit. de excus. tut. 9.

DIsquisitio XLVI. Testamento, vel per legem, vel per Iudicem quis fuerat datus tutor filijs impuberibus. Plures exceptiones habebat, quibus arbitrabatur, se posse ab hoc tutelæ onere eximere. Intra tempus à iure præfinitum nonnullas exceptiones, seu causas excusationis proposuit, nec tamen probare potuit. Quæsitum hic fuit, an, si adhuc penderet tempus ad probandum, posset alias causas producere, & probare, si alias habuerit?

1 Expositio tituli dilucida.

Pro clariori intelligentia recole, quæ in præcedentibus fuerunt dicta iuxta textum *in l. quinquaginta ff. et C. de excus. tut.* nempe, quod volens ab onere sibi iniuncto tutelę se excusare teneatur causas excusationis intra quinquaginta dies à notitia habita suæ deputationis coram Iudice proponere, factaque huiusmodi propositione habeat menses quatuor ad peragendum, & perficiendum negotium, qui quatuor menses non incipiunt à die, qua proposuit huiusmodi causas, sed à die, qua nominatus est tutor per ea, quę tradidimus *sub hoc eodem tit. de Tut., & Curat. 1. prænot. 20. nu. 4.* His iam sic pro notitia suppositis plura veniunt sub hoc titulo discutienda; primum, an, si à tutore electo ab initio fuerint omnes causæ excusationis protestatæ, sed aliquæ tantum expositæ probationi, quæ tamen fuerint, vt friuolæ à Iudice reiectæ, possit nihilominus alias prosequi, quæ fuerunt tantum protestatæ, non expositæ probationi? Secundum ex suppositione, quod omnes ab initio non fuerint protestatæ, sed aliquæ tantum, quæ etiam non fuerunt probatæ, sed reiectæ defectu probationum, vel insubsistentiæ, an possit ijs reprobatis de nouo alias protestari, easdemque probare. Tertium ex suppositione, quod hoc secundum possit præstare, an tempus ad probationem harum secundarum causarum computandum sit à die reprobationis primarum, an vero à die cognitionis habitæ de propria electione ad munus tutelæ?

2 Nonnulla ad intelligentiam tituli remissiuè.

3 Articuli circa titulum examinandi.

Respondeo primo. Si ab initio omnes causæ excusationis fuerunt protestatæ, non tamen omnes expositæ probationi, sed aliquæ tantum, istis non probatis, vel vtpotè friuolis, & insubsistentibus reiectis à Iudice, potest tutor alias causas protestatas quidem, sed non expositas examini exponere, quibus probatis poterit excusari, si fuerint, vt sufficientes concludentèr probatæ. Expresèè videtur hoc colligi ex textu *in §. qui autem vult instit. de excus. tut.* Ibi- *Qui autem vult se excusare, si plures habeat excusationes, & de quibusdam non probauerit, alijs vti intra tempora constituta non prohibetur*, quod, secundum glosam ibidem in verb. alijs vti, intelligendum est, dummodo ab initio omnes proposuerit, prout etiam colligi videtur *ex l. scire oportet in §. consequens autem est credere in verbo scire autem oportet ff. de excus. tut.* Ibi- *Scire autem oportet, non sufficere, si accedat ad Iudicem, sed oportere etiam de specie remissionis testari, & si multa habeat iura, quæ ad remissionem faciant, omnia nominare, sin minus similem esse ei, qui nequaquam accessit, aut accessit quidem, iustam autem remissionis causam non nominauit.*

4 Si omnes causæ fuerint simul protestatæ, non tamen omnes expositæ probationi, & expositæ non fuerint probatæ, potest alias probare, & sic excusari.

Iura, quibus innititur responsio.

Ex ijs videtur etiam solui difficultas, quæ secundo loco fuit proposita, quando scilicet non fuerunt protestatæ omnes causæ excusationis, an tunc reiectis propositis possint aliæ proponi, & probari; videtur, inquam, solui per textum *in hac l. scire oportet in §. consequens*, vbi, cum dicatur, quod, si omnia iura non nominauerit, sit similis ei, qui nequaquam accessit, aut accessit, sed iustam causam remissionis non nominauit, deducitur

quod

quod postea inualidè illas causas proponat. Nihilominus his non obstantibus.

Respondeo secundo, non obstante, quod ab initio omnes non proposuerit, si adhuc vigeat tempus, possit producere, & probare, & si in tempore præfinito probet, sit excusandus. In hanc responsionem expresse propendit *Glosa in d. §. qui autem instit. de excus. tut. in verb. alijs uti*, vbi explicans textum *in d. l. scire oportet §. consequens autem in verb. scire autem oportet ff. de excus. tut.* asserit, quod verius est, quod, vbi dicitur, quod scilicet similis sit ei, qui se non excusanit, ille, qui omnes prius nō proposuit, intelligendū sit, quādo non proposuit intra tempus præfinitum, secus, si in tempore licet successiuè.

5 Si omnes ab initio non fuerint protestatæ, poterunt intra tēpus præfinitum, protestari, & probari.

Respondeo tertio. Tempus ad huiusmodi probationes aliarum causarum nō computandum venit à die reprobationis primarum, sed à die cognitionis habitæ de propria electione in tutorem. Videtur colligi *ex §. qui autem excusare instit. de excus. tut.* Ibi- *Sed intra quinquaginta continuos, ex quo cognouerunt se esse tutores, vel curatores datos, se excusare debent*; & hoc clarius explicat, & confirmat præcedentem responsionem *Glosa in §. qui autem vult*, dum expresse dicit, *Qui enim se excusare vult, si plures habet exceptiones, & quasdam ex his in exordio litis propositas non probauerit, alias exceptiones sibi competentes licet ab initio omissas, attamen intra statutum tempus proponere, & probare non prohibetur*.

6 Tempus ad probationem aliarum causarū ab initio non protestatarū non computatur à die reprobationis primarū, sed à die cognitionis habitæ de sui electione.

Ex quibus habes, quod, si primo aliquas excusationis causas proposuerit, & intra triginta dies à propositione fuerit quoad illas exclusus, possit immediatè alias proponere, quas intra quatuor menses poterit probare.

Sed hic oritur difficultas, cum dictum fuerit, quod reiectis primis causis excusationis propositis, possit tutor datus intra tempora statuta nouas causas producere, an nomine temporum statutorū veniant quinquaginta dies, intra quos debeat proponere suas exceptiones, an verò quatuor menses, intra quos debeat negotium absoluere? Hæc difficultas ex vno capite oritur ex eo, quod ad proponendas causas excusationis præscribitur spacium quinquaginta dierum à die habitæ notitiæ suæ electionis, quo lapso amplius non auditur; vndè lapso hoc tempore non videtur amplius dari locus ad huiusmodi causas protestandas, cæteroqui posset protrahi tempus ad hanc protestationem ad multos, & multos menses, nam vna proposita causa intra quinquaginta dies posset ijsdem lapsis, aliam proponere, & sic successiuè; Ex alio capite, cum dicatur, *cum plures habeat excusationes, & de quibusdam non probauerit*, videtur tempus ad proponendas nouas excusationes referri ad tempus probationum, & negocij perficiendi, quod est quatuor mensium post dictos dies quinquaginta datos ad propositionem causarum excusationis, quandoquidem, cum dicatur in illo textu, *& de quibusdam non probauerit*, videtur accessisse ad probationes, quæ incipiunt post *dies 50.*, & cum tunc possit alias proponere, videtur hoc referri ad tempus quatuor mensium probationis, cum tempus quinquaginta dierum ad easdem proponendas præsumatur elapsum. Quid iam in hac controuersia concludendum?

7 An nouæ causę sint proponēdæ intra 50. dies, an vero intra quatuor menses.

Probabilius arbitror quoad hunc effectū propositionis nouarum causarum venire tempus quinquaginta dierum ad proponendas quascunque exceptiones destinatum. Hoc espresse videtur innuere *Glosa in d. §. qui autem vult in verb. tempora instit. de excus. tutor.* vbi explicans, quænam sint illa tempora, intra quæ non prohibetur tutor alijs excusationibus vti, se refert ad seq. *§. qui autem excusare se volunt*, vbi decernuntur illi quinquaginta dies respectu existentium in Ciuitate, & alia tempora respectu absentium. Quod, si dicas hæc esse incompatibilia cum ijs, quæ dicuntur *in d. §. qui autem vult*, vbi supponitur, quod tutor primas causas excusationis produxerit, & aliquas non probauerit, & per consequens etiam supponitur, quod lapsum fuerit tempus quinquaginta dierum præfinitum ad proponendas huiusmodi causas, cum se probationibus accinxerit, quas tamen præstare non potuit; tempus autem probationum supponitur subsequi ad tempus proponendarum exceptionum, & sic, cum dicatur in dicto textu, quod, cum de quibusdam non probauerit, vtique supponit, quod possit alijs exceptionibus vti, postquam primas non probauerit, adeoque post illos quinquaginta dies destinatos ad propositionem; statim impugnaberis, quia textus iste supponit, quod tutor omnes causas ab initio proposuerit, sed aliquas validè non probauerit, & postea subdit, quod possit alijs vti, non proponendo post reiectionem primarum, sed continuando aliarum probationem, quæ fuerunt primo propositæ; vndè ex hoc textu non validè infertur contra nostram resolutionem, quod scilicet nouæ causæ sint proponendæ intra quinquaginta dies, quinimmo per eundem textū magis nostra assertio roboratur; & parū re-

8 Probabilius sunt proponēdæ intra 50. dies.

Rationes pro hac opinione probabiliori.

9 Solutio instantiæ deductæ *ex §. qui autē vult instit. de excus. tut.*

referre potest, quod omnes causæ fuerint simul protestatæ ab initio, vel successiuè fuerint protestatæ, dummodò hoc factum fuerit intra eosdem quinquaginta dies.

Alia instantia proposita, & dissoluta.

Quod, si repetas, quod quando ab initio omnes exceptiones, seu omnes causæ excusationis non fuerunt protestatę, non videatur quomodo aliæ causæ possint protestari intra eosdem quinquaginta dies; cum enim supponamus, quod nouæ causæ sint producendæ in defectum primarum, quæ non fuerunt probatæ, vtique debuit prius constare de insubsistentia primarum, quod certè haberi nō potuit intra illos dies quinquaginta, cum attentatio probationum, & à fortiori reiectio earundem supponatur post illos. Adhuc impugnaberis, quia potuit Iudex ad primam propositionem eandem, vt friuolam reijcere, vel ipse post propositionem factam de primis causis de illarum subsistentia dubitare, adeoq; alias cumulatiuè proponere.

---

§. XLVII.

An maritus datus curator vxori, si se immiscuerit in cura eiusdem vxoris, possit postea se excusare.

SVMMARIVM.

Explicatur status controuersiæ. 1.
Considerabilia circa ipsum. 2.
Si datus fuerit antecedentèr ad matrimonium secundum dispositionem iuris ciuilis non potuit cum illa matrimonium contrahere. 3.
Contrahendo fit infamis ex proprio dolo. 4.
Si datus fuerit constante matrimonio talis datio irrita est simplicitèr. 5.
Intellige etiam, si datus fuerit constante matrimonio vxori furiosæ, & amenti. 6.
Maritus datus curator propriæ vxori non indiget excusatione. 7.
Non obstat, quod maritus se immiscuerit in illa cura, & quare. 8.
Si maritus absens datus fuerit curator propriæ vxoris vtique talis datio non subsisteret, sed teneretur alterum sibi petere substitui. 9.

1 Explicatur status disquisitionis.

DIsquisitio XLVII. Per Iudicem maritus datus fuerat curator propriæ vxoris. Maritus sic datus se immiscuit in cura eiusdem vxoris, eandemque curam per aliquod temporis gessit; postea pænitens de tali immixtione intendebat se a tali munere excusare. Orta hic fuit controuersia, an esset ad huiusmodi excusationem admittendus?

2 Considerabilia circa ipsum.

Circa hoc quæsitum plura veniunt consideranda, & primo, an datus fuerit ante matrimonium, an vero constante matrimonio; secundo, an datus præcedenti aliqua causa puta, vel quia vxor facta fuerit prodiga, vel furiosa, vel amens, vel fortè etiam ad lites aduersus eandem vxorem excitatas, vel nulla causa superueniente ex præcisa ratione minoritatis, vel sexus muliebris; tertio, ex suppositione, quod alia causa non fuerit talis dationis, nisi, quia eadem vxor esset minor, & ex suppositione, quod se immiscuerit in tali munere, possit re vera se excusare, an vero intelligatur talis datio simplicitèr irrita, adeo vt non indigeat excusatione?

3 Si datus fuerit antecedentèr ad matrimonium secundum ius ciuile non potuit cum illa contrahere.

Respondeo primo. Si datus fuerit antecedentèr ad matrimonium, secundum dispositionem iuris ciuilis non potuit cum illa matrimonium contrahere, prout notat *Glosa in §. ijdem rescripserunt Instit. de excus. tut.* per textū *in l. 1. & seqq. C. de interd. matrim.* Dixi *secundum dispositionem iuris ciuilis*; nam attento iure canonico, secundum quod maximè fauetur libertati eiusdem matrimonij, si fuerit contractum, postquam curator datus est, & se immiscuit curæ, certè tenet; Verum tamen est, quod fiat infamis ex dolo suo præsumpto, & priuetur immediatè eadem cura per textum *in l. si tutor C. de interd. matrim.*

4 Contrahendo fit infamis ex proprio dolo

5 Si datus fuerit constante matrimonio talis datio est absolutè irrita.

Respondeo secundo. Si datus fuerit curator constante iam matrimonio talis datio absolutè irrita intelligitur per textum *in l. maritus C. qui dar. tut. pos. & in l. virum ff. de curat. fur.*, cuius optima ratio redditur *in glos. in d. §. ijdem rescripserunt Instit. de excus. tut. in verb. excusare, & in d. l. maritus C. qui dare tut. vel curat. pos.*, quia scilicet, si maritus male geret esset vehemens præsumptio, quod eadem vxor propter affectionem erga ipsum, esset quodcunque delictum remissura in graue ipsius vxoris præiudicium, & sicuti constante matrimonio interdicuntur inter vxorem, & maritum donationes propter huiusmodi præsumptionem, quod ratione nimiæ affectionis possent se bonis exspoliare, ita constante eodem matrimonio interdicitur marito cura vxoris ob præsumptionem huiusmodi expoliationis.

Respondeo tertio. Hæc, quæ dicta sunt in hac secunda responsione intelliguntur etiam, quando constante matrimonio maritus datus esset curator vxoris, quæ facta esset furiosa, prodiga, & amens ex causa furoris, prodigalitatis, &

6 Intellige etiam, si datus fuerit constante matrimonio vxori factæ furiosæ, & amenti.

& amentiæ. Hoc videtur expresſè colligi ex textu *in d.l.virum ff. de curat. furiof.* Ibi- *Virum vxori mentecaptæ curatorem dari non oportet*, cuius diſpoſitionis eadem ratio videtur, quia ſcilicet eſt præsũptio, quod quæcunque omiſſa, neglecta, malè geſta ſit remiſſura propter affectionem erga maritum.

7 Maritus datus curator propriæ vxori non indiget excuſatione.

Reſpondeo quarto. Maritus datus curator propriæ vxori non indiget excuſatione. Expreſsè deducitur ex omnibus textibus iuris ciuilis, in quibus dicitur, quod maritus creari non poſsit curator propriæ vxoris, vt in textu *l. maritus C. qui dar. tut. poſ. & in l. virum ff. de curat. fur.*, & in alijs concordantibus; Nec obeſſe poteſt textus *in §. ijdem reſcripſerunt Inſtit. de excuſat. tut.* Ibi- *Ijdem reſcripſerunt maritum vxori ſuæ curatorem datum excuſare ſe poſſe*, vbi autem datur locus excuſationi, non poteſt dici datio ſimplicitèr nulla, Non inquam, obeſſe poteſt; nam vt notat *Gloſa in d.§. ijdem reſcripſerunt in verb. excuſare, & in l. maritus in verb. non poteſt C. qui dare tut. vel curat. poſ.* ly excuſare impropriè ſe tenet, cum & ſi eſſe curator velit, non poſſit.

8 Non obſtat, quod maritus ſe immiſcuerit cura in illa, & quæ.

Difficultas ſolummodo aliqua eſſe poteſt in eo, quod dependentèr ab illa datione facta per Iudicem ſe immiſcuerit in illa cura, per quod videtur illam acceptaſſe, adeoque non poſſe amplius ab illa ſe excuſare. Sed hæc difficultas facilè corruit ex ijs, quæ mox dicta ſunt, quod ſcilicet illa datio ſecundum ſe non teneat, vnde conualeſcere non poteſt ex eo, quod tutor ſic datus ſe immiſcuerit, ſeu ingeſſerit in illa cura; quod enim ſecundũ ſe inualidè alicui collatũ eſt, non poteſt ex ſola recipientis volnntate, ſiue expreſſa, ſiue tacita renalidari; quod ſecus ſe haberet, ſi datio ſubſiſteret, & tutor datus poſſet ſolummodo ſe excuſare, nam tunc ſe immiſcendo videretur tacitè illud onus acceptare, adeoque non poſſet amplius ab illo ſe eximere per *l. Caius ff. de excuſ. tut. Gloſa in l. ſiue oportet §. fin. ff. eodem.*

9 Si maritus abſẽs datus fuerit curator propriæ vxoris, vtiqi talis datio non ſubſiſterer, teneretur tamen alterum petere ſibi ſubſtitui.

Reſpondeo quinto. Si maritus abſens datus fuerit curator propriç vxoris, vtique talis datio non ſubſiſteret, ſed teneretur alterum ſibi petere ſubſtitui. Hoc videtur clarè deduci ex textu *in l. ampliſſimi, & l. licet C. de excuſat. tut.* vbi dicitur, quod ſic datus euitet quidem pœnas infamiæ, aliaſque ratione ignorantiæ, non autem dicitur, quod cura in eodem firmetur, vnde in hoc currit diſpoſitio *l. maritus C. qui dar. tut. vel curat. poſ. & l. virum ff. de curat. fur.* Quod, ſi dicatur, quod *in d. l. licet C. de excuſ. tut.* dicatur, quod, ſi poſt contractas nuptias curator detur, excuſare ſe debeat, ne manifeſtam ſententiam eius offendat, & labem pudoris contrahat; tunc reſpondendum eſt *ſecundum gloſam ibid. in verb. excuſare*, quod excuſatio debeat eſſe quoad adminiſtrationem, non autem à decreto, à quo non eſt neceſſe, ſe excuſare, cum non teneat. Dici etiam poteſt, quod debeat ſe excuſare non ad tollendum onus eiuſdem curæ, cum hoc non teneat, ſed ad vitandam infamiam, ne, cum taceat, & non reſiſtat, videatur cum ſcientia eam acceptare, nam hoc modo perindè ſe haberet, ac ſi eidem ſcienti data eſset talis cura, in quo caſu contraheret infamiam per textum *in d. l. licet C. de excuſ. tut.*

Rationes pro hac reſponſione.

Ex quibus etiam deducitur, quod teneatur petere alium curatorem ſibi ſubſtitui per textum *in d. l. ampliſſimi C. de excuſ. tut.* vbi dicitur, quod *maritus ſic conſtitutus curator propriæ vxoris abſens, & ignorans poſſit eſſe ſecurus, dum tamen alius ſubſtituatur*, quia petendo talem ſubſtitutionem duo præſtat, & ſe ſecurum conſtituit à pœna infamiæ, & ſtudet prouiſioni, & indemnitati vxoris.

---

§. XLVIII.

An minor ratione matrimonij contracti eximatur à cura.

SVMMARIVM.

Status controuerſiæ, & ratio dubitandi. 1.
Filij familias per matrimonium non ſubtrahuntur à patria poteſtate. 2.
In terminis iurium Hiſpanorum ſecundum aliquos eximuntur à cura. 3.
Secundum alios non eximuntur. 4.
In terminis iuris communis matrimonium non eſt reſolutiuum minoritatis, nec per illud minores eximuntur à cura. 5.
Aſſignatur modus, quo poſſit minor poſt contractas nuptias, ſibi conſulere. 6.

Diſquiſitio XLVIII. Regula generalis eſt, quod minores non eximantur ab onere curatoris, niſi completa ætate legitima 25. annorum. Franciſcus annorum quindecim exiſtens ſub poteſtate curatoris, vel eodem aſſentiente, vel fortè etiam diſſentiente contraxit nuptias cum Fabia per verba de præſenti. Quæſitum hic fuit, an ratione huiuſmodi nuptiarum contractarum intelligatur liberatus ab onere curatoris, & conſtitutus ſimplicitèr ſui iuris?

1 Status controuerſiæ exponitur.

Per matrimonium contractum filias familias non ſubtrahi à patria poteſtate, licet

licet exercitium eiusdem potestatis quoquo modo impediatur, dum subsunt maritis, latè alibi docuimus, nec est, cur in his immoremur. Modo difficultas est, an sicuti filij familias ratione matrimonij contracti non eximuntur a patria potestate, ita minores constituti sub curatoribus non eximantur ratione eiusdem matrimonij cōtracti ab onere curationis, & plenè sui iuris constituantur?

2 Filij familias per matrimonium nō subtrahuntur à patria potestate.

In terminis iurium Hispanorum inuenio DD. inter se discrepantes, dum aliqui inter quos *Didacus Perez in l.3. tit. 11. lib.4. ordin. col. c.522., Monterosus in sua praxi sexto tratado de escripturas publicas fol.121. col.1. ad fin., Molina Theologus de iust. & iure tract.2. disp.221. in vers. hac tamen hodie* volunt per huiusmodi matrimonium minores à cura liberari; atque pro hac opinione allegant textum *in l.6. tit.7. part.7.*, cuius verba expressè refert *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part.1. c.20. num.34. vers. pro contraria tamen parte*; Alij verò absolutè sentiunt per huiusmodi nuptias nullo modo eximi ab onere eiusdem curæ, si non compleuerint annum 25. suæ ætatis; atque pro hac opinione stant *Rodericus Suarez in l.9. tit.11. lib.1. fori § nota vlterius, Ioannes Parlador lib.1. rer. quotid. c.12. per totum, Gregorius Lopez in l.3. tit.15. part.2.*, qui omnes adducunt textum *in d. l.3. in fin. tit.17. part.6.*; atque hanc secundam opinionem expressioribus inniti iuribus testatur *Ioannes Gutierez loc. cit.* Quidquid tamen sit quoad terminos iurium Hispanorum, loquendo in terminis iuris communis

3 In terminis iuriū hispanorum, secundum aliquos liberantur à cura.

4 Secundū alios non eximuntur.

Respondeo, probabilius esse minores contrahentes matrimonium non eximi ab onere curæ, nisi vbi compleuerint annum 25. suæ ætatis, sicque matrimonium non esse resolutiuum minoritatis *Ioannes Parlador loc. cit.* vbi non solum loquitur de iure Regio, sed etiam communi *Morand. in leg. Regia Toleti de los terminos 6. fundam. 2. part. sub n.10., Gutierez loc. cit.* Ratio deducitur ex generali regula, secundum quam minores non eximūtur ab onere curæ, nisi vbi compleuerint 25. suæ ætatis annum, prout expressè habetur *in l.1. vers. apparet iuncta l.2. ff. de minor.* nec est assignabilis ius exceptiuum, seu limitatiuum regulæ, quādo est contractum, seu contrahitur matrimonium; Neque dicas, iura regulari, restringi, & ampliari secūdum rationes, cum nonnisi rationibus innitantur; ratio autem in casu contracti matrimonij videtur satis concludenter suadere, minores subtrahendos à cura, cum matrimonium ipsum suppleat ætatem, nec æquitas exigit, vt, cum præsint familiæ per matrimonium, alijs ipsi subijciantur; vndè contracto matrimonio eisdem videtur omnia iura restituenda; contra enim impugnaberis, quia non est aliqua repugnantia, quin quis quoad aliqua præsit, & quoad alia subsit, vt videre etiam est in filio familias nuptijs alligato, qui quoad ea, quæ concernunt matrimonium, præest vxori alijsq; quoad administrationem verò, gubernium, & domesticum, & politicum regimen subest parenti, quod item seruata proportione potest dici de minori matrimonio coniuncto in ordine ad curatorem.

5 In terminis iuris communis matrimoniū non est resolutiuum minoritatis, nec per illud eximuntur filij à cura.

Soluūtur rationes cōtrariæ.

Non est repugnātia, quod quis secundum aliqua præsit, & secundū alia subsit.

Neque vlterius repetas, quod per illam subiectionem curatori magnum subesset incommodum, & impedimentū minori etiam in ordine ad ea, quæ ad matrimonium pertinent, si quidem, cum non haberet administrationem rerum suarum, vix posset suppeditare, quæ necessaria sunt oneribus matrimonij, & domesticis impensis; Contra enim adhuc impugnaberis, quia huic incommodo facilè posset occurrere compellendo curatorem ad congrua, & necessaria alimenta subministranda, & sibi, & vxori, & familiæ, prout pluribus iu iuribus præscribitur, *vt in l. curator ff. de admin. tut., & in l. fin. C. de alim. præst., & l. alimenta ff. vbi pupil. educ. deb.* hocque summariè per Iudicem decernendum erit, prout notat *Parlador loc. cit. num.4. ad fin.* Alia via minor, qui matrimonium contraxerit, potest sibi consulere veniam scilicet ætatis à Principe implorando, nam tunc à potestate curatoris liberabitur, & poterit de rebus suis simpliciter disponere.

6 Assignatur modus, quo possit minor post contractas nuptias sibi consulere.

Eadem responsio potest euinci ex textu *in l. cum proponas C. de interdict. matrim.* vbi expressè supponitur, non solum minorem post contractas nuptias continuare sub potestate curatoris, sed etiam eidem nouum curatorem posse substitui; Ibi etenim erat sermo de vxore minori, cui post nuptias datus fuerat curator ille, qui erat Pater eius, qui eam duxit, &, cum dubitaretur de illo matrimonio, fuit resolutum non esse dubium de validitate eiusdem; præscribitur tamen ibi, quod alius tutor pro Socero substituatur.

Aliæ rationes pro responsione.

§. XLIX.

§. XLIX.

An pupillo carenti tutore possit per Iudicem dari curator, & ad quænam.

SVMMARIVM.

Status controuersiæ exponitur 1.
Iudex nemine petente potest ex officio dare tutorem 2.
Sententia afferens, quod, si pupilli fuerint minores septennio, necessario illis dandus sit tutor, si verò maiores septennio, possit illis curator constitui. 3.
Congruentius est illis tutor constituendus, siue fuerit maiores, siue minores septennio. 4.
Huiusmodi pupilli indigent regimine, & quoad personas, & quoad substantias. 5.
Si datus fuerit sub nomine curatoris adhuc accipiendus est pro tutore. 6.

DIsquisitio XLIX. Relicto per Patrem filio in impubertate, nulloq; eidem constituto tutore testamentario, nec extante alio legitimo, nec qui tutorem eidem a Iudice peteret, pupillus ipse damnis pluribus obnoxius remanebat, & quodamodo indefensus. Non existente tutore, & nemine eundem petente posse Iudicem ex officio pupillis tutorem constituere, dictum est latè in præcedentibus, prout etiam docent *Montanus de tut., & curat. c. 17. n. 9., Bartolus in l. hac autem ff. ex quib. caus. in possess., Alexander in l. bonorum in fine C. qui administrant.* Sed, an Iudex in hac hypothesi non dato tutore possit simplicitèr illi pupillo constituere curatorem, an vero teneatur tutorem dare? id est, quod venit sub hoc titulo discutiendum.

1
Titulus dilucidè expositus

2
Iudex nemine petente potest ex officio dare tutorem.

Ioannes *Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 19. à n. 21. ad 24. inclusiuè*, distinguit de pupillis, qui minores sunt septennio, & de pupillis, qui septennium excedunt, & quoad nos secundos asserit eisdem non solum per Iudicem dari posse curatores ad litem, seu lites, sed etiam ad negotia peragenda, atque pro hac parte allegat *Alexandrum cons. 122. videtur prima facie vol. 1.* simulque textum *in l. 1. §. si curator ff. de eo, qui pro tut.*, & subdit, quod, si pupillus nolit talem curatorem petere, possit Iudex ex officio nominare, & eligere, & pro hac allegat *Matthaeum de Afflict. decis. Neapolit. 252. nu. 2.* Quoad primos verò asserit necessario dandos esse tutores, non curatores; atque pro hac parte allegat eundem *Alexandrum loc. cit. ad fin. lib. 1. aliosque*, eaque ratione mouetur, quia curator non datur, nisi præsenti, & petenti per textum *in l. quæ habet §. si pupillus, & ibi Glossa, & Bartolus ff. de tutel.* pupillus autem minor septennio, cum non sit capax rationis, intelligitur perindè, ac si non esset præsens, quia præsentia illa materialis sine cognitione eorum, quæ geruntur, non habetur pro præsentia, quantum ad hunc effectum, ac proindè illi non potest in ea hypothesi constitui curator, sed solum tutor, qui constituitur inuitis, absentibus &c.

3
Exponitur sententia afferens, quod, si pupilli minores sint septennio, Iudex teneatur illis tutorem dare, si vero septennio maiores possit illis curatorē dare.

Respondeo in hac hypothesi non existentiæ tutoris testamentarij, nec legitimis, nec existente spe eorundem, cōgruentius constituendum esse per Iudicem hunc pupillo tutorem, siue fuerit minor septennio, siue septennium excesserit; quinimmo, si Iudex dederit eidem absolutè curatorem quoad omnia, hic debet accipi propriè pro tutore. Rationem ex eo deduco, quia datio debet fieri iuxta indigentiam, & qualitatem eius, cui facienda est illa datio; sed pupillus, cui fieri debet, maximè indiget tutela, nempè regimine, & quoad personam, & quoad substantiam, ergo eidem tutor potius est dandus, quam simplex curator, qui regularitèr datur solum rebus, & si quandoque personæ, hoc fit solummodo secundario, & minus principalitèr. Neque in hoc arbitror subsistere, seu locum posse habere distinctionem, quam adhibet *Gutierez loc. cit.* de dato seu dando pupillo minori septennio, & dando maiori tali septennio, quamuis contineatur intra limites impubertatis, adeo vt, si sit minor septennio, dandus sit tutor, secundum quod etiam statuit *Matthaeus de Afflictis decis. Neapolitana 292. num. 4., & decisio Pedemontana 89. num. 7., & seqq., Piaggius de Tut., & Curat. q. 2. num. 59.*, si verò sit maior dandus sit curator. Non, inquam, locum habere arbitror, quia tàm maior septennio, quàm minor dummodò primus non acquisierit pubertatem indiget potius tutela, quam cura, & regularitèr in tali ætate secundum iuris dispositionem datur tutor, cum indigeat regimine, & quo ad personam, & quoad res, & datio potius regulanda est secundum qualitatem, & indigentiam personæ, quam secundum arbitrium dantis, quinimmo arbitrium ipsum regi debet ad normam eiusdem indigentiæ; nec obstare potest id, quod considerabatur pro parte aduersa, quod scilicet maior septennio potest petere, & dici præsens, non sic minor, qui vtpotè rationis impos nec potest pe-

4
Congruētius constituendus est illis tutor, siue fuerint minores, siue maiores septennio.

5
Huiusmodi pupilli indigent regimine & quoad personas, & quoad substantias.

Reijcitur distinctio, secūdum quā procedit prima sententia

tere, nec dici formalitèr præsens, prout habetur *in d. l. qui habent §. si pupillus ff. de tut.* Non, inquam, obstare potest, quia hæc consideratio ad summum efficit, quod minori septennio non possit dari curator ex suppositione, quod hic debeat dari præsenti, & consentienti, & non inuito, non autem efficit, quin etiam præsenti, quando est indigentia, non possit dari tutor, cæteroqui post lapsum septennij nunquam posset dari tutor; Ex suppositione igitur, quod etiam post septennium possit dari tutor commensurata datione ad indigentiam dicimus potius tutorem, quam curatorem dandum esse.

6 Si datus fuerit sub nomine curatoris adhuc accipiendus est pro tutore.

Ex his etiam deduco, quod, quantumuis fuerit datus sub nomine curatoris, si tamen fuerit datus simplicitèr ad omnia, intelligatur datus, vt tutor. Ratio ea est, quia in iure promiscuè accipiuntur tutor, & curator ad sustinendum actum *Gratianus discept. for. c.830. nu. 12. c.919. n.1., & seqq., Surdus cons. 428. n. 13., Rota Romana part. 1. recent. decis. 668. num.5., Cancerius resol. 7. num. 9.,* & quod tutor accipiatur etiam pro curatore iuxta subiectam materiam, & è contrà *Rota Rom. part. 2. diuers. decis. 89. n. 13., & parte 17. recent. decis. 377. n. 51.*; cum igitur iuxta subiectam materiam opus sit potius, & congruentius tutore, quam curatore, arbitrandum est, quod Iudex se conformans indigentiæ voluerit potius tutorem, quam curatorem conferre.

Intellige, si datus fuerit quoad omnia.

Dixi, *si datus fuerit simplicitèr quod omnia*, nam, si datus fuerit dumtaxat certæ rei, certoque negotio; tunc intelligetur solum datus, vt curator per textum *in l. certarum rerum ff. de testam. tut., & in l. quia personæ*, quæ est immediatè sequens *ff. eod.* Item, si datus fuerit solummodò ad lites censeatur datus solum, vt curator, non vt tutor, quia non est datus personæ, nec vniuersitati bonorum, adeoque &c.

§. L.

An datio tutelæ sit actus iurisdictionis voluntariæ, an vero contentiosæ.

SVMMARIVM.

Sensus disquisitionis expositus. 1.
Sententia asserens, esse actum iurisdictionis voluntariæ, & posse prorogari. 2.
Sententia asserens esse actum iurisdictionis contentiosæ. 3.
Probabilius est actus iurisdictionis contentiosæ. 4.
Datio tutoris semper est mixti imperij. 5.
Munus tutela est auctoritate publicum. 6.
Non potest Iudex extra territorium existens dare pupillis tutorem. 7.

1 Titulus expositus in suis terminis.

DIsquisitio L. Cum ageretur de tutela filijs impuberibus conferenda, quibus per patrem non fuerat in testamento de tutore prouisum, orta fuit controuersia, an de consensu partium posset iurisdictio in alium à Iudice ordinario prorogari, & per consequens dubitabatur, an datio tutelæ esset actus iurisdictionis voluntariæ, an vero contentiosæ?

2 Sententia asserens esse actũ iurisdictionis voluntariæ, & posse prorogari.

Baldus *in l. 1. col. 1. C. de emancip. lib.* absolutè videtur sentire, quod iurisdictio dandi tutores possit prorogari, addito etiam pro ratione eo, quod penes nos est fundamentum dubitationis, quia scilicet est actus iurisdictionis voluntariæ; sed hoc meo videri est petitio principij; vnde onus videbatur eiusdem Baldi prius probandi, quod actus dationis tutoris sit iurisdictionis voluntariæ, antequam hoc ipsius assertum assumeret tanquam fundamentum probandi, quod hæc iurisdictio posset de consensu partium prorogari.

3 Sententia asserens esse actũ iurisdictionis cõtentiosæ.

Ioannes *Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 16. num. 8. & 9.* expressè arbitratur, esse potius actum iurisdictionis contentiosæ, quam voluntariæ, & licet ibi videatur loqui in terminis legum Hispanarum, ex rationibus tamen, quas adducit, & ex Doctoribus, quos allegat, videtur suam opinionem prorogare etiam ad terminos iuris communis, vnde subdit, quod tutores sint discernendi per Iudices habentes iurisdictionem ordinariam, non delegatam, & sic per Iudices ciuitatum, & ad hoc allegat *Bartolum in l. 1. in princip. ff. de tut. & curat. dat. ab his num. 4., Alexandrum, & Iasonem in l. 1. ff. de iurisd. omn. iud., Antonium Piaggium de tut. & curat. q. 5. num. 3.* Addit, quod in discernendis huiusmodi tutoribus requiratur plena causæ cognitio eo quod oriuntur cõtentiones, prætensiones variæ &c., quæ omnia exigunt iurisdictionem ordinariam, & contentiosam. Quid iam in hac controuersia concludendum?

4 Probabilius est actus iurisdictionis contentiosæ.

Respondeo, probabilius esse actum iurisdictionis contentiosæ. Ita præter præcitatos Doctores pro secunda sententia *Gregorius Lopez in l. 12. Reg. in glos. que sea menor, Decius in l. 1. ff. de offic. eius.* Rationes, seu ponderationes ab eodem Gutierez adductæ videntur satis probabiliter hanc responsionem euincere; ex quibus etiam videtur sequi, quod de-

consensu partium non possit prorogari. Adde, quod datio tutoris semper sit mixti imperij secundum communem opinionem, prout refert *Purpuratus in l. 1. nu. 664. ff. de offic. eius cui mandat. est iurisd., Ioannes Orosens in l. 1. ff. de iurisd. omn. iud.*, nec delegari potest, nisi facultates pupilli sint modicę, vel nisi delegatio fiat ei, qui alioqui iurisdictionem haberet, vt cum Acursio communitèr tenere Doctores referunt *Socinus in d. l. 1. ff. de iurisd. omnium iud. num. 16. & ibi Oroscus nu. 57., Purpuratus in d. l. 1. num. 667. & 169. ff. de offic. eius cui mand. est iurisd.*, ergo multo minus alteri a Iudice poterit per partium consensum talis iurisdictio prorogari.

5 Datio tutoris semper est mixti imperij.

6 Munus tutelæ est auctoritate publicum.

Adde vlterius, quod munus tutelæ, licet vtilitate sit priuatum, est tamen auctoritate publicum ex communi DD. consensu, adeoque non nisi per publicam auctoritatem potest conferri, quæ residet in Iudice ordinario, vel habente auctoritatem à publico.

7 Non potest Iudex extra territorium existens dare tutoré pupillis.

Quod, si dicatur, quod Iudex etiam extra proprium territorium existens possit tutorem pupillis constitùere, adeoq; quod talis constitutio sit iurisdictionis voluntariæ, non contentiosæ *arg. l. 2. ff. de offic. Procons. & l. 7. C. de emancip. liber., Innocentius in c. nouit de offic. legat. & in c. quæ fronte 25. de appellat. & clement. 1. de for. compet.*; statim respondebo, hoc gratis omnino dici, quod scilicet Iudex extra proprium territorium possit pupillis existentibus in territorio dare tutorem, quandoquidem iurisdictionem intelle in territorio passiuè, & materialitèr veluti in re inanimata, formalitèr verò, & actiuè tanquam in subiecto animato in persona Iudicis notauit *Baldus in l. 1. §. initio num. 2. ff. de offic. præfecti vrb. & in §. ad hoc num. 5. & 6. de allodys, Iason in l. 1. num. 15. ff. de iurisdict., Socinus decis. 227. num. 7.*; immo, & in dubio iurisdictionem potius cohærere territorio, quam personæ tradiderunt *Bartolus in l. inter 27. ff. de acq. dom. & cons. 189. primo quæsitum num. 2., Menochius de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 97. num. 48.*

---

§. LI.

An ratione necessitatis possit quandoq; tutor dari ab alio Iudice.

SVMMARIVM.

Refertur specialis casus, de quo est dubium. 1.
Sententia asserens, non posse per Iudicem, in cuius territorium se recepit pupillus, eidem dari tutorem. 2.
Probabilius in hoc speciali casu potest dari. 3.
Videtur pupillus ibi constituisse domicilium habitationis. 4.
Soluuntur rationes contrariæ sententiæ. 5.
Sic exigente iure naturali videtur prorogata iurisdictio. 6.

Disquisitio LI. Quidam pupillus originarius vnius ciuitatis, ibique habens ferè omnes suas facultates in eadem grauiter deliquit, & propter delictum passus est minimam saltem capitis diminutionem, cum fuerit ab eadem bannitus. Se recepit in proximiorem ciuitatem. Quæsitum hic fuit, an a Iudice ciuitatis, in quam se recepit, possit eidem tutor constitui?

1 Exponitur casus, de quo dubitatur.

Videtur absolutè negandum eo, quia Iudici illius ciuitatis, nec est subditus ratione originis, nec ratione bonorum, cum ibidem nulla bona habeat, nec ratione habitationis eo, quia ibidem solum per accidens reperitur, non cum animo ibidem figendi stationem, sed recedendi, quoties bannum fuerit reuocatum; vnde respectu illius ciuitatis, in quam se recepit habendus erit vt alienigena; in quem propterea Iudex illius ciuitatis non videtur posse exercere iurisdictionem. His tamen minimè obstantibus.

2 Sententia asserens non posse per Iudicem, in cuius territorium se recepit pupillus, eidem dari tutorem.

Respondeo, in hoc speciali casu videri valde rationi congruum, quod per Iudicem Ciuitatis, ad quam se recepit ille pupillus bannitus, possit eidem tutor constitui. In hanc consentit *Ioannes Andræas in addit. ad Specul. in rub. de curat. in vers. scias ergo, Gregorius Lopez in l. Reg. 12. in glosa donascio el moco ò el Padre ad fin., Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 16. nu. 10.* Moueor primò ea ratione, qua, cum ille fuerit à propria ciuitate bannitus, & in aliam se receperit, videtur quoquo modo in eadem constituisse domicilium habitationis, & per consequens se quoquo modo subdidisse iurisdictioni Iudicis illius loci, ergo per hunc Iudicem poterit illi tutor constitui, cum potissimum per Iudicem domicilij habitationis congruentius pupillis constituatur tutor, quam per Iudicem originis, eo quia tutor principalius datur personæ, & non nisi secundario rebus; propter quam rationem nonnulli inter quos *Practica Papiensis in form. lib. redd. rat. tut. in glosa eadem Iacobo, Rota Romana in vna Romana tut. 15. Martij 1641. coram Verospio parte 9. recent. decis. 12. num. 23. & seqq., Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. Iudex num. 36.* potius refundunt auctoritatem constituendi tutores pupillis in Iudicem domicilij ha-

3 Probabilius in hoc speciali casu potest dari.

4 Videtur pupillus ibi constituisse domicilium habitationis.

habitationis, quam in Iudicem domicilij originis.

Neque obstant ea, quæ ex aduerso considerabantur, quod scilicet pupillus bannitus in ea ciuitate, in quam se recepit, non intelligatur fixisse habitationem permanentem, & computetur potius vt alienigena, quam vt incola illius ciuitatis; Non obstant, inquam, quia ex quo per bannum auuulsus est quodamodo a propria ciuitate, & in aliam se transtulerit, ex causa, ob quam intelligitur, vel in perpetuum, vel ad diutinum tempus impeditus ad se recipiendum in illam originis, intelligitur etiam ibidem habitationem suam fixisse, ita vt alibi non habeat habitationem, & propterea ratione habitationis permanentis ibidem intelligitur factus sufficienter subditus quoad hunc effectum recipiendi tutorem à Iudice illius habitationis.

5 Soluuntur rationes contrariæ sententiæ.

Secundo ex eo moueor, quia ratio naturalis exigit, ne ille pupillus indefensus remaneat, & obnoxius periculis damnorum, & quoad personam, & quoad bona, ergo sic exigente necessitate per Iudicem loci, in quem post bannum se recepit, eidem poterit fieri prouisio de tutore, quandoquidem existente necessitate prouisionis in dubio etiam de cōpetentia Iudicis intelligi debet sic suadente iure naturali potius prorogata iurisdictio in eodem Iudice, quam quod deficiat necessaria illa prouisio.

6 Sic exigente iure naturali videtur prorogata iurisdictio.

§. LII.

An tutor datus à Iudice loci, in quem pupillus bannitus se recepit, extendatur ad bona sita in loco banni.

SVMMARIVM.

Exponitur titulus secundum terminos, sub quibus procedit. 1.

Rationes suadentes non extendi tutorem sic datum, nisi ad bona existentia in territorio dantis. 2.

Exponitur distinctio, secundum quam procedit Gomez. 3.

Secundum nostra principia tutor sic datus à Iudice loci, in quem se recepit bannitus, extenditur ad omnia bona eciā alibi sita. 4.

Secundum principia verò aliorum non extenditur. 5.

Exponuntur nostra, & aliorum principia. 6.

Disquisitio LII. Iuxta terminos præcedentis disquisitionis pupillo bannito à ciuitate originis constitutus fuit tutor à Iudice ciuitatis, in quam se recepit, quod, an validè, & vtiliter factum fuerit, in eadem præcedenti disquisitione affirmatiuè fuit definitum. Modo tamen insurgit difficultas, an tutor sic datus intelligatur datus ad omnia bona, vbique existentia, & per consequens etiam ad bona sita in loco banni, adeout possit pleno iure eadem administrare?

1 Expositio tituli in suis terminis.

Ratio difficultatis ex eo consurgit, quod, cum Iudex ille, in cuius ciuitatem se recepit pupillus bannitus, tutorem dederit ex necessitate, videatur simpliciter dedisse ad ea, quæ meræ sunt necessitatis, adeoque quoad personam præcisè, & quoad ea, quæ consequuntur personam in tali loco, non quoad alibi sita, & præcipuè in loco banni; cum quoad ea possit aliter prouideri, nam vel bannum fuit eum confiscatione bonorum, & sic bona illa transeunt in fiscum, vel sine confiscatione, & tunc per Iudicem loci, à quo fuit bannitus, erit consulendum de idoneo curatore; Quamobrem in hoc videtur ingredi distinctio, quam adhibet *Antonius Gomez secundo tomo var. resol. c. 14. de restit. minor. num. 17. vers. ex quibus*, vbi sic procedit, vel agitur de tutore, vel de curatore dando; si de tutore, dandus est à Iudice loci, vbi habitat pupillus, non vbi habet patrimonium, & bona sita, addita ratione, quia tutor datur principalitèr personæ, & vis, & effectus tutelæ extenditur ad omnia bona vbicunque existentia; Si de curatore, possit & debeat dari à Iudice loci, vbi sita sunt bona; ex quibus videtur ad rem præsentem concludendum, quod, eum datus fuerit ille tutor pupillo bannito formalitèr, vt tutor, cum datus fuerit principalitèr in ordine ad personam, habeat auctoritatem, & ius ex vi illius dationis in ordine ad omnia bona vbicunque existentia, & etiam in loco banni. Sed quamuis hæc, quæ dicuntur per Gomez possint simplicitèr esse vera, videntur tamen pati difficultatem in terminis casus, de quo loquimur propter rationes dubitandi, quas insinuauimus nempe, quod datus fuerit ex necessitate, & quod tutor in ordine ad bona sita in loco banni nullam vim, & auctoritatem habere possit, nam vel transierunt in Fiscum, vel debent habere curatorem à Iudice loci, vbi sita sunt, designandum.

2 Rationes suadentes non extendi tutorem sic datum nisi ad bona existentia in territorio dantis.

3 Exponitur distinctio Gomez.

Respondeo, in hac hypothesi tutorem datum à Iudice loci, in quo receptus est pupillus bannitus secundum nostra principia, secundum quæ tutor pupillis potius est constituendus à Iudice loci habitationis, quam à Iudice originis, & bo-

bonorum, extendi ad omnia bona vbicunque existentia, & etiam in loco banni, si hæc adhuc permaneant sub dominio eiusdem pupilli, & hoc quantum ad ius, & etiam quantum ad exercitium iuris, & administrationis bonorum, nisi à Iudice loci, in quo sita sit bona, impediatur a tali exercitio; secundum verò principia aliorum, qui asserunt per Iudicem loci, in quam se recepit pupillus bannitus, dari solum talem tutorem ex quadam necessitate, ne pupillus ibi existens remaneat indefensus, & expositus

4 Secundũ nostra principia tutor sic datus extenditur ad omnia bona etiã alibi sita.

5 periculis damnorum contra dispositionem iuris naturalis, probabilius non extendi ad bona alibi sita, & præsertim in loco banni. Prima pars huius responsionis deducitur ex ijs, quæ latè docuimus *sub hoc eod. tit. de tut. & curat. 1. pranot. 17. à num. 4. vsque ad 10.* Ibi *num. 4.*, quod Iudex originis, qui simul non sit habitationis pupillorum probabilius non sit competens ad dandum pupillis tutorem, quod etiam docuerunt *Gratianus discept. for. c. 555. num. 6.*; *Balthasar Thomasius de tut. & curat. tit 7. c. 1. per totum*, *Practica Papiensis in form. redd. rat. tut. in glos. eidem Iacobo*. Rursus *num. 5.*, quod regulariter loquendo tutor datus a Iudice habitationis extendatur ad omnia bona etiam alibi sita iuxta textum *in §. datus Instit. de excusat. tut.*, *Alexander cons. 128. nn. 3. & 4. lib. 1.* per textum *in l. propter litem § licet ff. de excus. tut.* Rursus *n. 8.*, quod existente contradictore probabilius per Iudicem bonorum dandus sit curator quoad eadem bona, quæ omnia possunt adaptari casui præsenti, cum respectu eiusdem pupilli Iudex habitationis sit ille, in cuius ciuitatem pupillus se recepit, non ille, a cuius ciuitate desijt propter bannum, & a Iudice illo habitationis detur simpliciter vt tutor, qui propterea ad omnia extenditur; Nec in hoc potest tutoris sic dati auctoritas restringi ob illam rationem necessitatis supraponderatæ, quandoquidem, secundum nostra principia ex suppositione, quod pupillus illuc se transtulerit, & fixerit habitationem Iudex illius loci pleno iure, & vt competens simpliciter ex proprio officio eidem constituit tutorem, qui propterea omnia iura habet ad normam cæterorum tutorum, qui simpliciter dati fuerint.

Non sic secundũ principia aliorum.

6 Exponuntur nostra principia alibi posita.

Soluuntur contraria.

Secunda pars eiusdem responsionis ex eo deducitur, quia, cum secundum hanc sententiam supponatur non ex proprio iure Iudex constituere tali pupillo tutorem, sed ex quadam necessitate, ne pupillus remanear indefensus, & expositus damnorum periculis, & quoad personam, & necessaria personæ, intelligitur tantum dare iuxta exigentiam necessitatis, & ad terminos personæ, & necessariorum ad eandem personam, ergo non intelligitur prorogari eius auctoritas vltra ea, quæ sunt necessaria eidem personæ, vnde in hoc casu, vbi bona sita in loco banni non fuerint confiscata, vel ad petitionem coniunctorum, vel ex proprio officio erit per Iudicem loci, vbi sita sunt bona, curator constituendus.

Principia aliorum sistunt in eo, quod tutor detur solum ex necessitate.

---

§. LIII.

An curator datus alicui vt furioso, qui talis non erat, licet esset prodigus, vel è contra datus vt prodigo, qui prodigus non erat, sed furiosus tenerat.

SVMMARIVM.

Exponitur, in quo sensu sumendus sit titulus. 1.

Refertur opinio Antonij Piaggij. 2.

Hæc opinio non euacuat difficultatem. 3.

Curator datus alicui vt furioso, qui furiosus non est, non tenet. 4.

Si curator fuerit datus furioso expressa causa furoris, qui tamen furiosus non sit, non tenet, quamuis ille, cui datus est laboret vitio prodigalitatis. 5.

Quandoque pro eodem accipitur prodigus, & furiosus. 6.

DIsquisitio LIII. Cum ageretur de constituendo curatore Titio adulto, cum prodigaliter sua bona profunderet, per Iudicem quidem seruatis in 1
cæteris seruandis curator constitutus est, sed non sub terminis prodigi, quo vitio laborabat, sed sub terminis furiosi, cum tamen furore non ageretur. Quæsitum hic fuit, an datio talis curatoris subsisteret, an verò vtpotè facta ob causam, quæ non inerat, sit reijcienda. Id, quod propositum est de curatore dato prodigo sub terminis furiosi, proponitur etiam de curatore datò furioso, qui non laborabat tali vitio, sed alio, propter quod tamen etiam indigebat curatore.

Status disquisitionis exponitur.

Proponit hanc difficultatem *Antonius Piaggius de tut. & curat. q. 8. n. 4.*, vbi in 2
primis monet, hanc quæstionem esse varijs, & inextricabilibus difficultatibus obnubilatam ob varias DD. opiniones circa ipsam; Deinde procedit sub distinctione in illius resolutione; vel etenim ille, cui datus est curator vt furioso, cum furiosus non esset, sed prodigus, non con-

Refertur opinio Antonij Piaggij.

tradixit

tradixit illi dationi, & sic sentit illam dationem tenere non obstante illo errore, vel contradixit, & sic arbitratur illam dationem non tenere, cum processerit ex errore, & ex falsa causa.

3 Hæc opinio non euacuat difficultatem.

Sed meo videri non euacuat difficultatem; videndum enim est primo, an illa datio ex illo titulo non subsistenti teneat in sua origine, an vero non teneat; si etenim ab origine non tenet, quamuis non contradixerit ille, cui datus est, non potest ex interuallo tenere, vndè frustranea videtur illa distinctio. Secundo videndum est, an quamuis titulus, ex quo datus est ille curator, non subsistat, cum subsistat alius titulus, ex quo iustè dari poterat, & fuisset datus, si fuisset propositus, saltem datio teneat ex hoc alio titulo, cum parum referre possit, quod vel ex vno, vel ex alio titulo fuerit datus, cum ex vtroque æquè dari possit existente vtroque sufficienti.

4 Curator datus alicui furioso, qui furiosus non est, non tenet.

Respondeo primo; Si per Iudicem datus fuerit alicui, vt furioso curator, cum tamen furiosus non sit, non tenet illa datio. In hanc responsionem nudè, & simpliciter sumptam omnes arbitror consentire. Ratio ex eo deducitur, quia datum ob causam, causa illa non subsistente, non tenet, per textum *in l. 1. ff. de condict. caus. data. Geminianus cons. 96. n. 9. vers. licet enim*, vbi, quod concessum ex certa qualitate, & causa, si non adest qualitas, vel causa expressa, non valet concessum, etiam si concedens ex alia causa potuisset concedere *Bellonus cons. 3. Curatus Ecclesiæ in fin. vers. ad secundum*, ergo, cum curator ille datus fuerit ex causa furoris, qui non adest, non intelligitur validè datus, adeoq; non subsistere; & hic habet locum commune effatum, quod causa cessante vel deficiente cesset dispositio, vel effectus dispositionis, per textum *in l. adigere §. quamuis ff. de iure patr. l. si Pater ff. de hæred. instit.*, quia dispositio à causa regulatur, restringitur, & ampliatur *Angelus cons. 86. hæreditas materna in fin.*

Datum, ob causā deficiente causa, non tenet.

Error circa causā tollit cōsensum.

Vlterius ex eo euincitur, quia extante errore circa causam, ex qua fuit concessio, vel dispositio, seu prouisio, non potest esse consensus circa illam dispositionem, seu prouisionem, per textum *in l. 116. §. 2. ff. de reg. iur.*, vndè nec contractus, quos error copulauit, tenent, & error excludit consensum *l. si per errorem ff. de iurisd. om. Iud.*; Hic autem error supponitur, cum curator datus fuerit ob causam furoris, qui error non supponitur esse, nec est.

Respondeo secundo. Si curator fuerit datus a Iudice alicui, vt furioso expressa causa furoris, qui tamen furiosus non erat, licet esset manifestè prodigus, etiam in rigore loquendo, non tenet propter rationes in præcedenti responsione adductas; nec obstat, quod in eo, cui datus fuit ille curator, existat alia causa ab expressa sufficiens secundum se ad eidem dandum curatorem, nempè causa prodigalitatis iuxta textum *in l. 1. C., & ff. de curat. fur.*, vbi quoad hunc effectum æquiparantur furiosi, & prodigi; Non obstat, inquam, quia licet prodigalitas sit causa sufficiens, vt possit dari curator, illa causa tamen in illa datione non fuit considerata, adeoq; Iudicem non mouit ad dandum, sicque non causat dationem validam.

5 Si fuerit datus alicui expressa causa furiosi, cum tamen talis nō sit, non tenet, quāuis ille, cui datus est, sit prodigus

Dixi, *in rigore loquendo*, propter nonnullos, qui comparantes prodigum furioso ad terminos *l. 12. ff. de tut. dat. ab his l. Fulcinius 7. §. adeo in verb. idem quo de prodigo ff. ex quib. caus. in possess. eatur, Caldas Pereira ad l. si curatorem 3. cum non absimilis C. de in integ. restit. min. nu. 6.* præcipuè, cum prodigi furiosum soleant habere exitum, dixerunt, quod in hoc nomine furiosi veniat etiam prodigus, adeoq; quod dispositio illa Iudicis in creatione illius curatoris teneat, quod, an verum sit, non ausim modo simpliciter concedere.

6 Quandoque pro eodem accipitur prodigus ac furiosus.

---

§. LIV.

An, si mater petierit curatorem filio suo impuberi, qui septennium consecutus est, præsenti, & consentienti, cum petere debuisset tutorem, priuetur successione eiusdem filij.

SVMMARIVM.

Exponitur in quo consistat sensus tituli. 1.
Nonnulli accipientes pro eodem tutorem, & curatorem sentiunt matrem petentem curatorem eximi à pæna. 2.
In sensu, quo formaliter fuerit petitus vt curator non vt tutor secundum aliquos mater priuatur successione. 3.
Probabilius eximitur à tali pæna. 4.
Soluuntur rationes contrariæ sententiæ. 5.

Disquisitio LIV. Mortuus est Pater relicto filio impuberi, qui tamen attigerat, seù fortè excesserat septimum suæ ætatis annum, nulloque eidem assignato tutore testamentario. Mater, cui primus locus patebat ad tutelam filij,

1 Explicatur dilucidè sensus tituli.

si vel-

si vellet, eodem filio præsente, & consentiente eidem filio non tutorem, sed curatorem petijt a Iudice assignari. Filius attenta ætate impubertatis potius indigebat tutore, qui personam principaliter regeret, quam curatorem, qui primario rebus assisteret. Iuxtà petitionem Matris datus est curator. Hic orta fuit controuersia, an Mater eo, quod tutorem iuxtà indigentiã filij non exegerit, intelligatur priuata successione eiusdem filij, si in impubertate decesserit?

2 Nonnulli accipientes pro eodem tutorem, ac curatorẽ arbitrantur, matrem petentem curatorẽ, eximi à pœna.

Responderet fortè quisquam, vtique Matrem excusari à pęna, & per consequens non priuari successione, quia petendo curatorem intelligitur implicitè, & in re petijsse tutorem, quia appellatione curatoris venit etiam tutor per textum *in auth. vt hi, qui obligantur, & ibi Glosa in verb. ad curationem, & in auth. minoris debitor in verb. à curatione C. qui tut. dar. pos.*, vndè in omnibus requirentibus administrationem tutor, & curator ęquiparantur, *Bartolus in l. inter bonorum ff. de administ. tut.*, *Spino in suo specul. testam. glos. 29. nu. 19.*, qui addit, quod, vbicunque DD. agunt de tutore, de curatore etiam intelligendi sint, & e contra, quia promiscuè his vocabulis vtuntur, quod idẽ asseruit, *Baeza de decimis tut. c. 3. nu. 11., & 17. in vers.*, *& generaliter in omnibus, Caldas in l. si curatorem habens C. de in integ. restit. min. in textu, ibi sine curatore constitutus nu. 62. in 2. parte tract. de restitut. minor.*, vbi, quod semper attendenda est subiecta materia, quod existimo procedere iuxta indigentiam subiecti, adeovt, si ille, cui dandus est, sit in impubertate, intelligendus sit tutor pro curatore, si verè fuerit pubes, intelligendus sit propriè curator.

3 In sensu, quo propriè, & formalitèr petitus fuerit vt curator non vt tutor secundũ aliquos mater priuatur successione.

Sed difficultas præsens in terminis ambiguitatis, secundum quos vnum pro altero possit vsurpari, & sumi, non procedit, sed in suppositione, quod propriè, & rigorosè petitus fuerit, & datus curator, & non tutor, in quo sensu videtur asserendum, non eximi à tali pœna, & per consequens priuari successione, quia quotiescunque ad euitandam aliquam pœnam aliquid præscribitur per modũ conditionis, & tanquam forma, eius omissio non facit euitare pœnam, nec suppleri potest per æquipollens per textum *in l. 3. §. fin. l. qui per salutem 33. ff. de iure iuran.*, *Surdus cons. 318. num. 10.*, *Zasius in l. vbi 75. §. fundi ff. de verb. oblig. nu. 11.* In textu autem *in l. sciant ff. de legit. hæred.* præscribitur tanquam conditio, & forma, quod per habentes ius ad successionem petatur pupillis tutor ad euitandam pœnam priuationis eiusdem successionis, ibi - *Sciant, qui ad successionem vocantur pupilli mortui, si defuncto eius Patre tutorem ei secundum leges non petierint intra annum, omnem eis, siue ab intestato, siue iure substitutionis successionem eius (si impubes moritur) denegandam esse*. His tamen minimè obstantibus.

4 Probabilius eximitur à tali pęna.

Respondeo, probabilius eximi per hanc petionem curatoris ab enuntiata pœna priuationis quoad successionem pupilli, si in impubertate decesserit, *Mo-rantus in l. is potest n. 236. ff. de acq. hæred.*, *Ioannes Gutierez de tut., & Curat. part. 1. c. 16. num. 86.*, & hoc videtur congruere cum his, quæ nos docebamus in præcedentibus *sub hoc eod. tit. de Tut., & Curat. 1. prænot. 13. nu. 19.*, vbi, quod, si Mater non petierit tutorem filijs impuberibus intra tempus à iure præscriptum, ipsa tamen benè, & vtilitèr administrarit curam filiorum, eximatur à tali pœna priuationis, addita etiam ratione, quia inspecta causa finali per talẽ petitionem curatoris habetur quidquid iura intendunt in ordinatione petitionis eiusdem; ea etenim causa finalis est, ne filij remaneant indefensi, & expositi periculis damnorum; quæ omnia cessant existente curatore, qui ex officio sibi cõmisso tenetur ad omnia, ad quæ teneretur tutor, si datus esset, vndè nullum pupillis præiudicium potest indè oriri, nam si qui neglectus, si quæ ommissio, si quæ culpa orietur ex parte eiusdem curatoris perindè hic tenebitur, ac si tutor propriè fuisset constitutus, prout in similibus docent, *Rota Romana in vna Romana reddit. ration. num. 6., & seqq. apud Merlinum decis. 500.*, *Mantica de tac., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 16. nu. 8.*

Rationes pro hac exemptione à pœna.

5 Soluontur rationes contrariæ sententiæ.

Neque obstant, quæ ex aduerso asserebantur, nempè, quod, cum petitio tutoris præscribatur per modum conditionis, & tanquam forma ad vitandam pœnam priuationis, non possit suppleri per æquipollens, sed requiratur formaliter petitio tutoris, vt tutoris; Non, inquam, obstant, quia hæc fallunt, quando forma respicit certum effectum, quem per æquipollens potest effectualiter consequi, vt notat, *Scaccia de conuent. glos. 5. num. 22., & 5. 1. q. 1. num. 152.* Deinde, cum hæc conditio, seu forma non inducatur ad conualidandum actum, sed dumtaxat ad vitandam pęnam, sufficiet, quod effectus talis conditionis ponatur, seu habeatur quomodocunque ponatur, seu habeatur, quia pręcipuè in pęnalibus parũ curandum est de modo, dummodo sortiatur effectus à iure intentus in appositione pœnę.

§. LV,

§. LV.

An mater, & cęteri consanguinei teneantur petere curatorem puberi, quando eius tutor, seu curator est impeditus.

SVMMARIVM.

Sensus tituli in terminis particularibus expositus. 1.

Filijs existentibus in impubertate mater nedum tutorem petere tenetur, sed etiam eo impedito curatorem. 2.

Filijs egressis limitibus impubertatis existente tutore prius dato impedito mater non petens curatorem non priuatur iure successionis. 3.

Minoribus inuitis non dantur curatores. 4.

Mater ex congruentia tenetur monere filios egressos impubertatem, ut sibi petant curatores, non ex necessitate. 5.

Si tamen prius gesserit tutelam, teneatur monere. 6.

1 *Exponitur series difficultatis.*

Disquisitio LV. Constitutus fuerat per patrem in testamento filio impuberi tutor, ita tamen, ut adueniente pubertate filij perseueraret, vt curator in administratione bonorum, & regimine personæ. Factus est filius pubes, & tutor, qui fuerat eidem assignatus, contraxit impedimentum, ratione cuius nnn poterat administrare curam, eo quia forte fuit relegatus, vel abesse debuit ex causa Reipublicæ. Mater, cæteriqui cõsanguinei habentes ius ad successionem neglexerunt alium curatorem eidem filio petere. Orta hic fuit controuersia, an ratione talis omissionis in petendo contraxerint aliquam pænam, seu priuationem?

2 *Filijs in impubertate existentibus mater nedum tutorem petere tenetur, sed etiam curatoré tutore impedito*

Matrem, cæterosque consanguineos habentes ius ad successionem, non solum teneri filijs petere tutores, sed etiam curatores in casibus, in quibus isti sunt necessarij, puta, quandn tutor iam datus non est idoneus, vel impeditus habetur expresse *in l. 1. ff. qui pet. tut., & in l. 2. §. si mater vers. si curatores ff. ad Tertul.* Sed hæc videntur dumtaxat intelligenda, quandn adhuc filij permanent in impubertate, quibus, quandoque necesse est petere curatores, etiam iam tutores habeant, qui, cum sint impediti, vt *in §. interdum instit. de curat.* dant locum solummodo curatoribus, non tutoribus; vnde difficultas adhuc remanet in ordine ad eosdem filios, quando egressi sunt limites impubertatis. Pro qua

3 *Filijs factis puberibus, & tutore eisdem dato impedito mater nõ petens curatorem, non priuatur iure successionis.*

Respondeo, matrem in hac hypothesi, filij egressi à limitibus impubertatis, existente tutore prius dato impedito, non petentem curatorem eidem filio non priuari iure successionis ad bona eiusdem *Marantus in d. l. is potest n. 226. ff. de acq. hered., Molina Theologus de iust., & iure part. 1. tract. 2. disp. 220. in fin., & in princip. seq., Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 16. n. 48., & nu. 87.* Expresse deducitur *ex textu in l. 1. ff. qui petant tut.* Ibi- *Matris sollicitudo in petendis filijs tutoribus, non etiam curatoribus obseruatur, nisi quo casu impuberi curator petendus est*, vbi, nota particulam, *nisi*, quæ restringit casum, quando impuberi tutor dandus est, quod potissimum contingit, quando pupilli habent tutorem impeditum, vt supra, quo casu ei prouidendum est de curatore, cum tutorem habenti, non possit dari tutor; ex quibus sequitur, quod, quando filius iam factus est pubes, non sit necessitas, quod illi à matre petatur curator; & quidem consonum est rationi, quod tunc mater eximatur ab onere petendi talem curatorem, cum filij ipsi minores egressi limites impubertatis possint sibi petere, pront habetur *in l. Diuus Seuerus ff., qui petant tut., vel curat. §. curatores autem*, Ibi- *Curatores autem minores sibi ipsis petent, si quidem affuerint per se ipsos, si autem absuerit aliquis eorum, petat per Procuratorem*, & ibi, *in vers. an autem*, cum excitata fuisset controuersia, an alius petere possit curatorem minori? Vulpianus respondit, non licere alium eidem petere.

Iura, quibus responsio innititur.

4 *Minoribus inuitis non dantur curatores.*

Adde primo, quod minoribus inuitis non dantur curatores, adeoq; videntur ipsi debere petere, nec esse obligationem in alijs petendi. Adde secundo, quod pæna, quæ iniungitur matri, priuationis scilicet iuris ad succedendum, si tutorem filijs impuberibus intra tempus à iure præfinitum non petierit, intelligatur, si filij in impubertate decesserint per ea, quæ in præcedentibus commendauimus, & expresse habetur *in l. matres C. ad Tertul., & ibi Glosa, & communiter scribentes, Silua nuptialis lib. 2. nu. 53. in 7. limit., Marantus in repet. d. l. is potest num. 239. ff. de acq. hered., Antonius Gabriel comm. opin. lib. 6. conclus. 1. de tutel. nu. 45., Antonius Gomez in l. 14. Tauri nu. 18. vers. item etiam limitat*, ergo a fortiori nõ subibit hanc pænam, si non petierit curatorem filio egresso limites impubertatis, quia iam tunc, si decederet, post impubertatem decederet.

Sed hic oritur difficultas, an saltem mater teneatur monere filium egressum limi-

limites impubertatis, vt tutorem sibi petat, aliter subeat aliquam pœnam? Argumento eorum, quæ dicuntur de tutore, qui finita tutela (ex eo quod filius egressus fuerit limites impubertatis) tenetur eundem monere, vt sibi petat curatorem, aliàs teneatur iuxta textum, (prout ibidem notat Bartolus) *in l. ita autem §. si inter ff. de administ. tut., & in l. à tutoribus §. 1. ff. eod. tit., & in l. admon. C. qui pet. tut., Cassan. ad consuetud. Burgun. rub. 6. §. 4. n. 2., Andreas Gailus lib. 1 pract. obseruat., obseruat. 96. n. 3.* videtur, dicendum, quod etiam mater teneatur eundem filium egressum limites impubertatis monere, vt sibi curatorem petat, cæteroqui & ipsa teneatur; quandoquidem non minus debet esse curæ matri, vt filius sibi consulat, ac debeat esse tutori de tali admonitione, vt sibi caueat; &, si dicatur, quod tutor ex proprio munere obligetur ad illud onus admonendi filium factum puberem, ne deterius aliquid eidem contingat, videtur etiam dicendum, quod mater ex proprio officio materno, quod videtur fortius obligare, teneatur eundem filium monere, ne noxium aliquod eidem obueniat. Nihilominus quamuis ego agnoscam debitū congruentiæ in matre de admonendo filio, vt sibi consulat de curatore; non agnosco tamen debitum necessitatis falsitem sub illa pœna priuationis iuris ad succedendum, cum nullibi in iure de tali pœna intelligatur dispositum; Nec valet paritas de tutore, qui finita tutela tenetur sub illa pœna admonere filium, vt sibi curatorem petat; Non valet, inquam, quia in primis in pœnalibus non fit extensio de casu in casum etiam ex paritate rationis; Deindè non subest eadem ratio in vtroque casu, quandoquidem, cum tutor antecedentèr egerit, & administrauerit, si non moneat, potest esse in causa, quod filius factus pubes præsumens, quod ille perseueret in administratione sub illa præsumptione decipiatur, adeoq; iura statuerunt, quod teneatur ad illam admonitionem; cum autem mater nihil vnquam egerit circa administrationem bonorum non potest esse præsumptio, quod in illa perseueret, adeoq; &c. Quod, si supponas, quod mater pro tempore præcedenti tutelam egerit, & quod modo aduenientе pubertate filij nolit in cura perseuerare; tunc non incongruè assererem, teneri matrem eundem filium admonere, vt sibi consulat de curatore; non enim minorem in hoc inuenio obligationem in matre, an in cæteris tutoribus, quin certè maiorem, cum vltra debitum quoquo modo consurgens ex præcedenti tutela administrata concurrat debitum congruentiæ fundatum in iure pietatis maternæ, & affectionis debitæ erga filios.

5 Mater ex congruentia tenetur monere filios egressos impubertatem, vt sibi petāt curatorē, non ex necessitate.

6 Si tamen prius gesserit tutelam, tenetur monere.

§. LVI.

Quomodo inter se cohæreant textus *in l. sciant C. de legit. hæred., & in l. 2. ff., qui pet. tut. vel curat.*

SVMMARIVM.

Referuntur iura, circa quæ est dubium. 1.
Exponuntur, & expenduntur omnes particulæ d. l. 2. ff. qui pet. tut. 2.
Ostenditur, non esse aliquam contrarietatem cum l. sciant C. de legit. hæred. 3.
Soluuntur rationes opposita. 4.

DIsquisitio LVI. Latè dictum fuit in præcedentibus, quod non solum Mater, sed etiam propinquiores in gradu filijs impuberibus, si intra tempus à iure præfinitum eisdem tutores non petierint, priuentur iure successionis, quod tamen intelligendum est ordine successiuo, ita vt primò teneatur Mater, deinde alij proximiores iuxta formam supra præscriptam, & hoc ad terminos *l. sciant C. de legit. hæred.*, vbi est sermo indefinitè de omnibus habentibus ius ad successionem Ibi *Sciant, qui ad successionem vocantur pupilli mortui.* In textu autem *d. l. 2. ff. qui pet. tut. vel curat.* hæc pœna priuationis videtur restringi ad Matrem, & ad libertos, si tutores filijs proprijs impuberibus, & respectiuè filijs patronorum intra tempus debitum non petierint; ibi etenim enumerantur illi, qui possunt tutores filijs impuberibus petere, & primo loco enumerantur cognati, & qui affinitati iuncti sunt parentibus; deinde amici parentum, & educatores ipsorum puerorum, & de his enumeratis dicitur, quod petant ex electione, & voluntate, & postea subditur. Sunt autem quidam, quibus necesse est petere, puta Mater, & liberti, vbi nota, quod, cum fiat separatio eorum, qui petunt ex electione, & eorum, qui tenentur sub priuatione, & pœna, & inter primos numerentur cognati, & qui affinitate sunt iuncti, & inter secundos sola mater, & liberti, vtique datur intelligi, quod alij à Matre, & à libertis non subsint illi pœnæ priuationis, si tutores non petierint, quod videtur directè oppositum ijs, quæ ha-

1 Referuntur iura, circa quæ versatur dubium.

ben-

bentur *in d. l. sciant C. de legit. hared.* Quamobrem in apparenti hac iurium discrepantia hic inquiritur, quomodo huiusmodi iura sint intelligenda, ne in decisionibus antinumiam ingerant, & confusionem.

Dicendum absolutè est, hæc iura nullo modo inter se discrepare, sed in vnum, & idem tendere, si benè perpendantur; pro quo aduerte, quod *in d. l. 2. ff. qui pet. tut.* plura exponantur, sed sub diuersa forma, & modo. Singula perpendamus. Primo loco dicitur, quod cognati, & affinitate coniuncti cum parentibus, siue masculis, siue fœminis possint tutores petere, & de his non dicitur ibi, quod nec ex voluntate, nec ex necessitate possint petere. Secundo loco dicitur, quod amici parentum, & educatores puerorum possint petere, & de his dicitur determinatè, quod ex electione, vel voluntate petant. Tertio loco dicitur, quod aliqui ex necessitate teneantur petere, & si non petant, damnum patiautur vel puniantur; atque inter hos singillatim exponitur de matre, & libertus. Reassumo duo prima capita, & comparo secundum cum primo; in secundo dicitur, quod amici, & educatores petant ex electione, & voluntate; in primo autem hoc non dicitur de cognatis, & coniunctis affinitate; vnde ex hoc videtur inferri, quod isti teneantur ex necessitate, dum etenim fit distinctio inter contentos in primo capite, & contentos in secundo, & de his dicatur, quod petant ex electione, videtur ex opposito dicendum, quod illi teneantur ex necessitate, cæterequi inanitèr facta esset illa distinctio, si respectu vtrumque esset eadem ratio libertatis, & voluntatis in petendo. Quod, si non placeat hæc expositio, & velis, quod ly *ex electione, & voluntate* referatur tam ad primum, quàm ad secundum caput, quatenus quod exponitur vltimo loco, referatur ad omnia præcedentia, & sic solummodo fiat distinctio omnium præcedentium contentorum tam in primo, quàm in secundo capite à subsequentibus in tertio, & sic, quod tàm amici, & educatores, quàm cognati, & iuncti affinitate non petant ex necessitate, sed tantum ex voluntate; tunc poteris dicere, hoc non aduersari textui *in d. l. sciant C. de legit. hared.*, quandoquidem hic textus procedit solummodo de agnatis, & de illis, quibus defertur legitima hæreditas ab intestato, prout notat *Glosa in d. l. 2. in verb. ex electione ff. qui petant tut. vel curat.* non de cognatis, alijsq; affinitate coniunctis, quibus de iure antiquo perfectorum non deferebatur hæreditas; ex quo tamen modo ex iure nouo *in auth. de hared. ab intestat. §. ex his collat.* co. quoad cognatos correctum est ius antiquum, & sublata est differentia agnatitiæ, & cognatitiæ coniunctionis quoad hunc effectum, dicendum est, & intelligi quoad eosdem cognatos dispositio textus *in d. l. 2. ff. qui pet. tut.* correcta quoad illam primam partem, qua dicebatur eosdem cognatos non teneri, nisi ex electione; Nec obstat, quod in tertio capite illius textus *in l. 2. ff. qui petant tut. vel curat.* inter eos, qui petere debent ex necessitate, numerentur solùm mater, & liberti; Non obstat inquam, quia illa numeratio non procedit taxatiuè, & priuatiuè quoad alios ab ipsis, sed exemplificatiuè; exempla autem non restringunt regulam per textum *in l. damni infecti stipulatio 18. ff. de damn. infect. l. penult. §. vlt. ff. de iuris, & fact. ignor. l. scire oportet 13. §. oportet 10. ff. de excus. tut.*, vnde dici solet, quod exempla non excludane similia *§. hactenus Instit. de gradib. Crauetta conf. 544. num. 25.*, *Stephanus Gratianus discept. for. tom. 3. c. 563. num. 73.*

2 Exponuntur, & expenduntur omnes particulæ d. l. 2. ff. qui pet. tut.

3 Ostenditur non esse aliquam contrarietatem cum l. sciant C. de legit. hared.

4 Soluuntur instantiæ oppositæ.

§. LVII.

An, si Mater miserit Procuratorem ad petendum filijs tutorem, qui Procurator mortuus fuerit in itinere, & ob id dilata fuerit vltra annum constitutio tutoris, excusetur à pæna priuationis.

SVMMARIVM.

Sensus disquisitionis expositus. 1.

Mater potest per Procuratorem legitimè filijs tutorem petere. 2.

Mater eximitur à tali pæna, si in hoc casu petitio tutoris fuerit protracta vltra annum solum pro tanto tempore, quod induxit mors procuratoris computato tempore itineris &c. 3.

Si Mater ita se coarctauit vsque ad finem anni, vt per Procuratorem intra illum non posset complere petitionem, non liberatur à pæna, si ob mortem Procuratoris intra annum tutor non fuisset petitus. 4.

Si verò superessent tot dies, intra quos, si Procurator non occubuisset, potuisset petere, liberatur. 5.

Tenetur tamen post habitam notitiam obitus Procuratoris alium mittere ad petendum. Ibid.

Dis-

Disquisitio LVII. Durante anno ab obitu mariti, qui nullum tutorem reliquerat filijs suis impuberibus mater, cui primus locus aderat ad tutelam, nolens eandem suscipere dignis de causis, volensque eisdem filijs consulere de idoneo tutore per Iudicem assignando, cum abesset ab eodem Iudice, Procuratorem ad ipsum destinauit, qui ipsius nomine peteret eisdem filijs tutorem. Procurator assumpto ad hunc effectum itinere in eodem morbo correptus occubuit, nec mandatum potuit adimplere. Interim, dum ageretur de nouo procuratore constituendo, qui eius nomine peteret, lapsus est annus a iure præscriptus ad petendum, & hinc orta est controuersia, an eadem Mater ob non adimpletum munus petitionis intra annum à iure præscriptũ lapsa sit in pœnam priuationis, an verò ob causam mortis Procuratoris, cum fuerit retardata petitio, censeatur excusata?

1 Sensus disquisitionis exponitur.

Hoc vnum in primis moneo, difficultatem procedere ex suppositione, quod Mater possit tutorem filijs suis impuberibus petere per Procuratorem; si etenim per eundem legitimè non posset petere, perindè se haberet, ac si intra annum à lege constitutum non petijsset, si quidem non petere, & non legitimè petere paria sunt vt in similibus docent *Surdus decis. 51. num. 21.*, *Antonius Menochius decis. Bononiensi 40. punct. 7. num. 20.*, *Flaminius Parisius q. 46. num. 25. de confid. benef.*, vnde, si non potuisset petere per Procuratorem, inaniter ipsum destinasset ad petendum, adeoque parum prodesse posset, quod miserit, vel non miserit, occubuerit, vel non occubuerit. Verum tamen est, quod communius statuunt per Procuratorem posse petere, adeoque locum habet præsens quæstio.

2 Mater potest per Procuratoré legitimè petere tutorem.

Respondeo, in hac hypothesi Matrem non priuari iure ad successionem, si petitio tutoris protracta fuerit vltra annum solum pro tanto tempore, quod induxit mors Procuratoris computato tempore itineris, aliorumque ad hoc requisitorum. Consentiunt *Marantus in repetit. d. l. is potest nu. 237. ff. de acquir. hæred.*, *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 16. num. 88.* Hoc expressè habetur *in l. cum à Matribus C. qui petant tut.* vbi dicitur, quod impedimentum superueniens in persona Procuratoris ad petendum tutorem missi excuset Matrem, & congruâ quidem ratione hoc decernitur, quandoquidem adhibita debita diligentia, quæ in hoc genere adhiberi debet, casus fortuitus non debet obesse, & vbi nulla culpa est, nec incuria, non potest locum habere pœna.

3 Mater excusatur, si ex morte Procuratoris missi protracta fuerit petitio vltra annum.

Dixi *solum pro tanto tempore, quod induxit mors Procuratoris computato itinere &c.* nam, si diutius protracta esset petitio, ac exigat causa excusans mortis, & itineris, tunc certè illa dilatio esset imputanda culpæ, adeoque digna illa pœna priuationis, cum in ordine ad illam protractionem nulla sit assignabilis causa excusationis.

Intellige tamen, si protracta fuerit petitio solum, quãtum exigat mors Procuratoris.

Solum hic aliqua oritur difficultas, an, si mater nimium se arctauerit ad petendum tutorem etiam per Procuratorem, puta vsque ad finem anni, adeo vt vix superesse posset tempus ad petitionem, si Procurator ad hunc effectum missus morte non fuisset præreptus, adhuc intelligatur excusari, si ratione illius mortis intra annum non fuerit petitus? In hac difficultate videtur distinguendum, vel etenim mater ita se arctauit vsque ad finem anni, adeo vt pauci remaneant dies ad complementum eiusdem, intra quos verisimiliter per Procuratorem non potuisset peti, & decerni tutela, vel solum ita se arctauit ad finem anni, vt remaneant tot dies, quot sufficiant, seu sufficerent ad petendam, & decernendam tutelam, si procurator ad hoc missus non occubuisset. Iuxta primum sensum ferè in consimilibus terminis sustinent matrem non excusari, sed priuari successione perindè, ac si intra annum non petijsset *Paulus de Castro in l. non omni in princip. num. 10. ff. si cert. petatur, & in l. si decesserit nu. 8. ff. qui satisda. cog.*, *Alexander in l. cum stipulatus sim mihi proculo num. 11. ff. de verb. oblig.*, *Marantus in d. l. is potest num. 233. ff. de acquir. hæred.* Loquuntur isti omnes in terminis, quibus mater se arctaßet ad petendum tutorem in fine anni, & pupillus circa illum finem mortuus esset, ita vt à die mortis ad finem eiusdem anni non superessent tot dies, quot sufficerent ad petendam, & decernendam tutelam, quæ certè videtur applicabilia casui nostro, cum etiam à die mortis Procuratoris missi ad petendum non intelligantur superesse tot dies, quod sufficiant ad ipsam petitionem, & implementum eiusdem; Contrarium tamen in eisdem terminis sustinent *Paulus in d. l. cum stipulatus sim mihi num. 6. ff. de verb. oblig.*, *Alexander in l. si decesserit num. 1. ff. qui satisd. cog.*, *Antonius Gomez in l. 14. Tauri num. 19. ad fin. & in secundo tom. var. resol. c. 11. num. 35.*, qui ea ratione mouentur, quia Mater non est priuanda successione, nisi integer annus ad petendum lapsus fuerit, & sufficit, si vltima die petat. Ego secundum facti seriem, de quo hic est sermo

4 Si mater ita se arctauit vsque ad finem anni, vt etiã per Procuratoré non potuisset peti, & decerni tutela, certè non liberatur à pœna.

arbitrarer, quod, si à die missionis Procuratoris superessent dies, intra quos Procurator posset petere, si non occubuisset, quantumuis non posset per Iudicem expediri, certè mater excusaretur; teneretur tamen alium mittere immediatè, qui peteret; si verò non superessent tot dies, quot essent necessarij ad petitionem, arbitrarer, non excusari, & sic conciliare arbitror prædictas opiniones. Rationem primæ partis ex eo desumo, quia sufficit,
5 quod vel per se ipsam, vel per Procuratorem petat intra tempus a iure præfinitum, quod certè præstare sategit, quod, si ex inopinato fato adimplere non potuit, hoc non est ipsi imputandum ad culpam; Si deinde dicatur, quod intra illos modicos dies, quamuis fieri potuisset petitio, non tamen potuisset decerni tutela, hoc non videtur posse obstare, quia iura præscribunt illud tempus ad petendum, nec illud requirunt ad decernendam tutelam. Rationem secundæ partis ex eo desumo, quia, quod non pierierit in tempore præfinito, & culpabilitèr se constituerit in statu, quo in eodem tempore petere non potuerit, paria sunt quoad effectum. Iuxta secundum sensum cõcludendum est absolutè, quod Mater excusetur, & non sit priuanda iure ad successionem; & in hoc conueniunt omnes citati pro secunda sententia circa primum sensum, quia petere sategit in tempore, pro quo poterat petere, & sic vltra allegatos sustinent hanc partem *Odofredus in l. sciant C. de legit. hæred., & ibi Angelus, Paulus de Castro, & Salicetus, Antonius Gabriel com. opin. l. 6. concl. 1. de tut. num. 33., & seq.*

Si verò superessent tot dies intra quos, si Procurator non occubuisset, potuisset petere, liberatur.

§. LVIII.

An fideiussor tutoris teneatur pro ijs, quæ gessit tutor finita tutela.

SVMMARIVM.

Exponitur sensus tituli. 1.

Varij sensus, secundum quos potest sumi titulus. 2.

Si tutor datus fuerit vt talis pro tempore impubertatis, & tanquam curator pro tempore pubertatis, & fideiussor pro vtroque munere accesserit, certè hic tenetur pro gestis etiam finita tutela. 3.

Renuentibus minoribus post impubertatem cura præcedentis tutoris dissoluitur eius munus, & onus fideiussoris. 4.

Sed quid, si ille tutor non obstante illa minorum resistentia se ingesserit in administratione, an tunc fideiussor obligabitur pro illis sic gestis? 5.

Sententia, & rationes suadentes fideiussorem pro illis gestis obligari. 6.

Sententia negans fideiussorem obligari. 7.

Probabilius obligatur. 8.

Si datus fuerit præcisè vt tutor, & fideiussor accesserit præcisè pro eodem vt tutore, & tutor finita tutela aliqua sponte gesserit, fideiussor non tenetur pro illis. 9.

Fideiussor pro conductore non tenetur vltra tempus præcisum primæ conductionis. 10.

Si tutor finita tutela non sponte, & necessitate rogente aliqua gesserit probabilius fideiussor quoad illa sic gesta obligatur. 11.

Si tutor post pubertatem minores non monuerit, vt sibi de curatore consulerent, probabilius subsidiariè tenetur ad damna. 12.

Disquisitio LVIII. Constituto Caio tutore filiorum impuberum Sempronij per ipsum datus fuit fideiussor 1
Antonius ad normam fideiussorum, qui in hoc genere assignantur, vt scilicet se obliget pro principali de ijs, quæ hic gereret in administratione tutelæ. Completa fuit tutela, cum acquisita fuerit pubertas per eosdem filios, & nihilominus idem Caius tutor plura gessit. Quæsitum hic fuit, an pro gestis post finitam tutelam fideiussor teneretur?

Sensus tituli dilucidè expositus.

Hæc difficultas sic in abstracto proposita secundum diuersas considerationes sortiri potest diuersas resolutiones; quãobrem considerandum venit primo, an tutor datus fuerit præcise, vt tutor pro 2
tempore impubertatis, an vero, vt tutor pro tempore impubertatis, & vt curator post pubertatem vsq; ad 25. annum, & respectiue, an fideiussor accesserit pro eodem pro tempore tutelæ præcisè, an verò etiam pro tempore curæ, seu pro omni eo, ad quod tutor se obligauit. Secundo ex suppositione, quod datus fuerit præcise, vt tutor pro tempore impubertatis, & ad hoc etiam solum se obligauerit fideiussor considerandum venit, an tutor post adimpletam, seu finitam tutelam aliqua sponte gesserit, vel quodamodò coactè sic iure compellente, puta ad complenda negotia, quæ antecedentèr durante tempore tutelæ incohauerat, & sic respectiue, an fideiussor ex vi fideiussionis præstitæ ad hæc omnia teneatur. Tertio, considerandum venit, an tutor finita tutela monuerit filios factos puberes, vt sibi curatorem petant, ad quod tenetur per textum *in l. ita tamen, §. si tutor, & ibi Bartolus in princip. ff. de administ. tut., & in l. à tutoribus §. 1., & in l. tutores, quæ post ff. eodem tit., & l. admonendi 2. C. qui pet. tut., & ibi Glosa verb. non vena-*

Varij sensus, secundum quos potest titulus accipi.

venaberis, Andreas Gailus lib. 2. pract. obseruat., obseruat. 96. nu. 3., vel non admonuerit, & respectiuè, an ex vi fideiussionis in casu non admonitionis etiam fideiussor obligatus intelligatur?

Respondeo primo. Si Caius datus fuerit vt tutor pro tempore impubertatis filiorum, & simul, & semel curator pro tempore minoritatis eorundem, & ipse vtrumque munus acceptauerit præstita pro vtroque fideiussione, certi iuris est, quod fideiussor accessoriè teneatur pro omnibus etiam gestis finita tutela. Ab hac responsione neminem dissentiri posse arbitror, siquidem in hoc casu ipse tutor principaliter obligatur pro omnibus gestis etiam post tempus pubertatis acquisitæ; fideiussor autem in hac hypothesi accessit pro omni eo, & pro omni tempore, pro quo se obligauit tutor, adeoque, sicuti principalis se obligauit etiam finita impubertate filiorum, & per consequens etiam tutela, durante tamen cura, ita fideiussor taliter intelligitur accessoriè se obligasse, dum fideiussit pro eodem principali pro omni eo, pro quo ipse principalis se obligauit.

3 Si tutor datus fuerit pro tempore impubertatis, & vt curator pro tempore minoritatis, & fideiussor pro vtroque accesserit obligatur etiam de gestis finita tutela.

Hoc tamen hic aduertendum est, quod, cum iuxta superius dicta adultis sanæ mentis post egressos limites impubertatis inuitis dari non possit regulariter curator, si ijdem adulti nolint acquiescere post impubertatem curæ præcedentis tutoris sicuti dissoluitur onus principale eiusdem tutoris, ita & dissoluatur accessorium fideiussoris, quia cessante principali accessorium nequit subsistere. Sed quid tunc, si minoribus nolentibus acquiescere curæ eiusdem, ipse se ingesserit non obstante eorum resistentia, & perseuerauerit saltem quoad aliqua in administratione, an tunc fideiussor pro sic administratis contra voluntatem minorum tenebitur? Ratio dubitandi ex eo consurgit, quod ipse fideiussor se obligauit etiam pro tempore vltra tutelam pro omnibus gestis, & gerendis per ipsum tutorem nulla habita reseruatione, si minores non acquieuerint, ergo, cum simpliciter se obligauerit, non erit, cur pro gestis per eundem tutorem post pubertatem acquisitam non debeat teneri, cum etiam ad hæc se obligauerit; Ex alia parte videtur dicendum, quod fideiussores pro huiusmodi gestis post finitam tutelam nullo modo remaneant obligati; quandoquidem renuentibus minoribus curæ illius tutoris, non ageret ille formaliter vt curator, adeoque fideiussores non intelliguntur pro huiusmodi gestis accessisse, cum accesserint solum pro gerendis, & gestis in tutela, & cura, quæ cura propriè in hac hypothesi non intercessit. Quid iam in hoc concludendum? Arbitrarer, quod, cum se obligauerit simpliciter pro toto tempore tutelæ, & curæ pro omni eo, quod contraxerit tutor occasione tutelæ, & curæ, censeatur etiam se obligasse, seu obligatum remanere pro illis gestis etiam renuentibus minoribus; nec obstant, quæ ex aduerso considerabantur, nempe, quod in illis gestis non se habuerit vt curator, cum non possit esse talis contra voluntatem minorum; Non obstant, inquam, quia, quidquid sit, quod non egerit formalitèr vt curator; ex quo tamen fideiussor accesserit approbando fidem, & se obligando pro omni eo, quod gesserit pro tempore tutelæ, & curæ circa res, & negotia minorum, videtur simpliciter se obligasse pro omnibus gestis quomodocunque fuerint habita pro illo tempore, pro quo accessit. Hæc ex proprio marte dixi, me remittendo saniori aliorum iudicio.

4 Renuentibus minoribus curæ præcedentis tutoris dissoluitur, & onus curatoris, & fideiussoris.

5 Sed quid, si ille tutor non obstante illa minorum resistentia se ingesserit?

6 Sententia, & rationes suadentes fideiussorem pro illis gestis obligari.

7 Sententia negans obligari.

8 Probabilius obligatur.

Respondeo secundo. Si datus fuerit præcise vt tutor, & fideiussor accesserit præcisè pro eodem vt tutore, & tutor ipse finita tutela aliqua gesserit spontè, fideiussor non tenetur pro huiusmodi gestis post finitam tutelam. *Bartolus in l. Lucius §. Paulus ff. de administ. tut.*, *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 16. num. 144. & 145.* Expressè deducitur *ex l. Lucius Titius §. Paulus ff. de administ. tut.* Ibi- *Paulus respondit; propterea, quæ post pubertatem nulla necessitate cogente, sed voluntate sua tutor administrauit, fideiussorem qui saluam rem fore cauit, non teneri.* Idem statuitur *in l. tutores §. curatores ff. eod. tit. & in l. fin. ff. de pact. & in l. item quæritur § qui impleto ff. locati, & in l. si cum Hermes C. locati.*

9 Si datus fuerit præcisè vt tutor, & fideiussor accesserit solum pro eodē vt tutore, si tutor aliqua finita tutela gesserit spontè fideiussor pro illis non obligatur

Iura pro hac responsione.

Ad hanc respōsionem corroborandam plurimum facere possunt ea, quæ tradidimus *tom. 4. sub tit. Contractus X. de loc. & conduct. Disq. 3. §. 6. num. 3.* nempe, quod fideiussor pro conductore non teneatur vltra tempus præcisum primæ conductionis, nec protrahatur eius obligatio pro tempore tacitè prorogato, vnde elapso termino conuento cessat omnis ipsius fideiussoris obligatio, prout in similibus docent *Bartolus in l. si Labeo §. si per fideiussorem ff. de recept. arbit.*, *Alexander in l. vbicunque ff. de fideius.*, *Angelus in l. si vnus §. cum reo ff. de pact.*, *Abbas in c. constitutis de fideiuss.* Et expressè colligitur *ex d. l. Labeo §. si per fideiussorem ff. de recept. arb.* Ibi- *In prorogatione termini debeant fideiussores iterum promittere, vel alij similes adhiberi*, ergo, si fideiussor iterum non promiserit, non intelligetur amplius obligari;

10 Fideiussor pro conductore non tenetur vltra tempus præcisum primæ conductionis

ri; quæ certè omnia etiam habent locum in fideiussore dato pro tutore ad tempus tutelæ, qui certè vltra illud tempus non obligatur *arg. eorum quæ docent Dinus, & DD. in d.l. Lucius §. Paulus ff. de administ. tut., Baldus, Angelus, & Alexander in l. si vnus in princip. ff. de pactis*.

11 Si tutor finita tutela aliqua gesserit ex necessitate fideiussor pro illis obligatur.

Respondeo tertio. Si tutor finita tutela per pubertatem à minoribus acquisitam non spontè, sed necessitate cogente aliqua gesserit, probabilius fideiussor quoad illa obligatur. Videtur expresse deduci argumento à contrario sensu desumpto *ex d.l. Lucius §. Paulus ff. de administ. tut.* vbi dicitur fideiussorem non teneri *propter ea, quæ post pubertatem nulla necessitate cogente tutor administrauit*, ergo, si necessitate cogente post pubertatem aliqua gesserit, fideiussor ab illorum sic gestorum onere non liberabitur; nam inaniter textus dixisset, quod fideiussor non teneatur propter ea, quæ nulla necessitate cogente tutor gessit, si etiam non teneretur, quando tutor gessit cogente necessitate. Quod, si dicas, quod fideiussoris obligatio vtpotè stricti iuris, prout notat *Magonius decis. Flor. 57. num. 20. & 21., Maurus de fideius. sect. 5. c. 2. nu. 36., Rota Romana part. 17. recent. decis. 300. num. 1.* non sit extendenda vltra tempus, ad quod ipse fideiussor se obligauit; cum igitur se obligauerit solummodo pro tempore tutelæ, quæ certè finita intelligitur immediatè post acquisitam pubertatem, nec protrahitur ex eo, quod negotia aliqua ex necessitate sint postea peragenda, vtique sequitur, quod finita tutela non amplius obligetur, quantumuis negotia aliqua sint administranda, quia fideiussionis natura vtpotè stricti iuris intelligenda est secundum strictos terminos, sub quibus concepta est. Si, inquam, hoc dicas, statim impugnaberis, quia, cum se fideiussor obligauerit rem pupilli saluam fore pro ipso tutore in ordine ad quæcunque munera, quæ exigit officium tutelæ, vtique etiam intelligitur se obligasse ad illa, quæ post tutelam sunt ex necessitate peragenda, cum illa intelligantur vt complementum tutelæ, vnde dici potest, quod ea, quæ ex necessitate gerenda sunt post pubertatem minorum, sint quodamodo reliquiæ eiusdem tutelæ, sicque in ordine ad illa non sit extensio fideiussionis, sed adimplementum eius, ad quod relata est prima obligatio per fideiussorem exhibita; nón enim præsumendum est, quod obligans se pro tempore tutelæ voluerit solummodo se materialiter obligare ad illud tempus indiuisibiliter, sed ad ea, quæ pertinent ad officiũ eiusdem tutelę *arg. eorum*, quæ latè docet *Rot. Rom. conf. 12. recent. decis. 73. per totum coram Bicchio inter eius impressas decis. 646.* ad quod reducuntur etiam ea, quæ ex necessitate fieri debent post finitum tempus tutelæ, cuiusmodi præcipuè sunt ea, quæ fuerunt incohata durante tempore tutelæ, quæ propterea sunt perficienda.

Fideiussor se obligauit ad quæcunque munera quæ exigit officiũ tutelæ.

12 Si tutor post pubertatem minores non monuerit, vt sibi de curatore consulerent, probabilius fideiussor subsidiariè tenetur.

Respondeo quarto. Si tutor post pubertatem puerorum finita tutela eosdem non monuerit, vt de curatore sibi consulerent (in qua hypothesi certè tenetur ad omnia damna, quæ interim secuta sunt, prout habetur in textu *in l. ita tamen §. si tutor ff. de administ. tut., & in l. admone la 2. C. qui petant*, iuxta alia superius commendata) probabilius est, quod fideiussor accessoriè, & subsidiariè teneatur ad talia damna. Ratio ex eo deducitur, quia obligatio fideiussorum, quæ exhibetur ratione officij, intelligitur quoad ea omnia, ad quæ assumptus in tali officio tenetur, & ad ea, quæ sunt officio connexa saltem ex consuetudine, licet hæc expressa non fuerint per ea, quæ refert *Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tractat. in verb. fideiussio nu. 82. vers. quod obligatio fideiussorum ex Rota Romana parte 12. recent. decis. 73. per totum coram Bicchio inter eius impressas decis. 646.*; sed onus monendi filios, postquam egressi fuerint limites impubertatis, vt sibi petant curatores, adeoque finita tutela est annexum officio tutoris, per ea, quæ habentur *in l. est tutoribus §. primo, & in l. tutores, qui post ff. de administ. tut., & in l. admone la 2. C. qui pet. tut., & ibi Glossa in verb. non vetaberis*, ergo fideiussor obligabitur ad ea, quæ noxia obuenient ex tali non admonitione. Confirmatur ex dictis in præcedenti responsione, quia fideiussores tenentur pro ijs, quæ tutores tenentur ex necessitate facere etiam post finitam tutelam, vt argumento à contrario sensu desumpto deducitur *ex d.l. Lucius §. Paulus ff. de administ. tut.*; sed tutores finita tutela tenentur minores admonere, vt sibi petant curatores, cæteroqui subsunt damnis iuxta allegata superius iura, ergo & fideiussores in eorum subsidium &c.

Rationes & iura pro hac responsione.

Neque dicas, quod, cum fideiussio sit stricti iuris, non admittat extensionem de tempore ad tempus, vel de casu ad casum, vt benè notat *Romana Rota in Firmana pecuniaria 28. Iunij 1638. coram Merlino inter impressas eiusdem decis. 783. per totum*, sicque, cum accesserit pro tempore tutelæ, non possit extendi vltra illud, postquã scilicet finita est, cumq; sit pro munere tutelę nõ possit extendi ad casum monendi pro electione curatoris; Contra enim im-

impugnaberis, quia, vt supra innuebam, in hoc non fit extensio, sed executio oneris assumpti in assumptione tutelæ, licet talis executio fiat in ipso termino tutelæ; neque protrahitur obligatio de tempore ad tempus, sed obligatio assumpta in principio adimpletur in fine, eo modo, quo onus reddendi rationes administrationis, licet oriatur in ipso initio assumptionis tutelæ, adimpletur in fine sic exigente conditione eiusdem redditionis.

Obligatio assumpta in principio adimpletur in fine.

---

§. LIX.

An seruus à Domino constitutus tutor filiorum suorum intelligatur consequi libertatem directam, an tantum fideicommissariam.

SVMMARIVM.

Sensus tituli expositus. 1.
Explicatur libertas directa, & fideicommissaria. 2.
Exponuntur iura, quæ in hoc videntur contraria, & ingerunt rationem dubitandi. 3.
Referuntur diuersitates sententiarum ortæ ex diuersitate iurium. 4.
Per institutionem illam serui in tutorem, probabilius illi censetur concessa libertas directa. 5.

1 *Exponitur series facti, & quæsiti.*

Disquisitio LIX. In suo vltimo testamento Titius volens filijs suis impuberibus consulere de tutore, qui eosdem filios regeret, & quoad personas, & quoad substantias scripsit in eodem testamento seruum suum tutorem eorundem filiorum, nulla facta mentione de libertate eidem seruo donata, vel constituta. Orta hic fuit controuersia, an eidem seruo ex eo, quod constitutus sit tutor testamentarius filiorum sui patroni, competat libertas directa, an tantum fideicommissaria?

2 *Explicatur libertas directa, & fideicommissaria.*

Pro notitia aduerte hic nomine libertatis directæ venire libertatem à Domino simpliciter concessam seruo, vt tutor esse possit, vndè eo ipso, quod testator seruũ suum voluit directè esse tutorem filiorũ suorum, intelligitur actu implicito prævie ipsum voluisse liberum tanquam in necessarium antecedens, cum sine tali libertate directa eidem tutela non posset competere iuxta textum *in l. qui tutela §. 1. ff. de testam. tut.*; Nomine vero libertatis fideicommissariæ illam venire, qua statuitur, vt seruus, postquam ad libertatem peruenerit, incipiat esse tutor, vndè directè per illius deputationem in tutorem non conceditur ipsi libertas.

Circa præsens quæsitum contrarias inter DD. omninò inuenio sententias, quæ sententiarum contrarietas videtur directè deduci à contrarietate iurium, nam *in §. 1. in verb. sciendum Instit. Qui testam. tut., & in l. quidem vers. 1. C. de necess. seru. hæred. instit.* expressè deducitur competere seruo in testamento constituto tutori filiorum patroni libertatem directam, quod etiam videtur haberi *in l. quarta §. vlt. ff. de testament. tut.* alijsque concordantibus iuribus; vndè supremi Iuris Consulti Iustinianus, Paulus, & Papinianus statuerunt talem libertatem esse directam. E contra *in l. si hæreditas §. fin. verb. quid enim interest ff. de testam. tut.* habetur, quod huiusmodi libertas sit fideicommissaria, ac proindè Vulpianus ibidem contrarium à præcitatis Iuris Consultis, & Legislatoribus videtur absolutè sensisse, & statuisse.

3 *Exponuntur iura, quæ in hoc videntur contraria, & ingerunt dubietatem.*

Hac stante iurium diuersitate, seu potius contrarietate DD. posteriores scribentes alij Iustiniano, alij Vulpiano adhæserunt, alij eosdem in præfatis iuribus conciliare studuerunt. Inter conciliatores numeratur *Portius in d. §. 1. Instit. qui testam. tut.* volens textum *in d. l. si hæreditas §. fin. in verb. quid .n. interest ff. de testament. tut.* procedere dumtaxat, quando tutela relicta est in codicillis, quia tunc non competit directa libertas, textum vero *in d. §. 1. instit. Qui testam. tut., & in l. quidam vers. 1. C. de necess. seru. hæred. instit. alijsque concordantibus*, procedere, quando seruus in testamento constitutus est tutor; Alias interpretationes ad concilianda huiusmodi iura adhibuerunt *Hotomanus in d. §. 1. Instit. Qui testam. tut., & Conanus lib. 2. c. 4. num. 7., Emanuel Costa lib. 1. select. c. 25. n. 3., 4., & 6.*, quas non vacat hic referre, cum possint videri apud *Caldam Pereiram in repet. l. si curatorem habens super illis verbis sine curatore constitutus num. 109. C. de in integ. restit. min.*, qui easdem omnes refellit, nihil tamen proprium statuit, sed relinquit scribentibus cogitandum. Quid iam concludendum?

4 *Referuntur diuersitates sententiarũ ortæ ex tali iuriũ diuersitate.*

5 *Per institutionem serui in tutorem probabilius eidẽ censetur concessa libertas directa.*

Respondeo, probabilius censeri debere per illam institutionem serui in tutorem eidem concessam esse libertatem directam; prout tenent *Caldas Pereira loc. cit.*, vbi alios plures allegat in hanc sententiam concordantes; nec allegata iura contraria mihi aliquod negotium facessere videntur, quandoquidem dici possunt correcta, & abolita per posteriorem

legem

legem eiusdem Iustiniani *in d. §. 1. instit. Qui testam. tut.*, & hoc magis congruere videtur sanæ menti testatoris, qui, ex quo voluit seruum suum esse tutorem filiorum suorum, voluisse censendus est, seruū eundem esse omnino liberum, cum sine libertate eidem tutela non posset competere; atque hoc idem videtur voluisse *Paulus in d. l. Quaro §. ult. ff. de testam. tut.* per verbum *vindicare*, quod vt notat *Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 10. num. 2. in verb. ex quibus iuribus*; refertur ad directam libertatem.

---

§. LX.

An tutor incertus datus à Patre in testamento, & certioratus à Matre subsistat.

SVMMARIVM.

Exponitur dilucidè sensus tituli. 1.

Probabilius ille est præficiendus, quem mater ex mente testatoris per indiuiduantes conditiones designauerit. 2.

Et hoc non solum, si Pater dixerit, uxorem esse plenè certioratam de sua mente, sed etiam, si nihil dixerit. 3.

Tutor sic datus à patre, & à matre certioratus indiget confirmatione. 4.

1

Quomodo intelligendus sit titulus.

DIsquisitio LX. Dictum fuit in præcedentibus, quod tutor incertus datus à Patre in testamento nō subsistat; nisi concurrant coniecturæ tales, quæ concludentèr demonstrent qualis fuerit mens testatoris in ordine ad determinatam personam. Modo supponimus, quod Pater in testamento nominauerit Titium ad tutelam, cum duo esset æqualis conditionis, & idoneitatis, qui eodem nomine appellabantur. In dubio, quisnam eorum esset vocatus ad tutelam, mater filiorum, & respectiuè vxor testatoris defuncti asseuerans, se consciam esse mentis eiusdem testatoris declarauit vnum determinate, quem per suas conditiones indiuiduantes designauit fuisse ab eodem testatore intentum. Hic quæsitum fuit, an ille, quem mater designauit, esset præficiendus tutelæ, & an ipso iure posita tali declaratione posset eandem tutelam administrare, an vero indigeret confirmatione Iudicis?

2

Probabilius ille est præficiendus, quem mater ex mente testatoris designauerit.

Respondeo primo, probabilius præficiendum esse illum, quem mater ex mente testatoris per indiuiduantes conditiones determinauit *Phylippus Corneus cons. 210. repetito diuino nomine n. 2. lib. 3.*, *Antonius Piaggius de tut., & curat. q. 3. n. 47.*, *Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 10. nu. 9.* Ratio ex eo deducitur, quia non est præsumendum, quod mater voluerit alterare mentem mariti sui in præiuditium filiorum, maximè, quod, vt notat *Phylippus Corneus loc. cit.* iura non diffidunt de iudicio matris licet minus fidant, quam de iudicio Patris, per textum *in l. 1. C. de confir. tut., & l. pater ff. de testam. tut.*

3

Et hoc non solū, si Pater dixerit matrem esse informatam de sua mente, sed etiā, si nihil de hoc dixerint.

Sed hic oritur difficultas, an ea, quæ dicuntur in hac responsione, procedant solummodo, quando testator dicit, quod vxor sua, & respectiuè mater filiorum plenè sit informata de sua intentione; an vero etiam, quando ipse nihil de hoc dixit, sed vxor ipsa, & respectiuè mater attestatur, se consciam esse de Patris, & respectiuè mariti voluntate? Et quidem, si procedamus in terminis, quod testator ipse asseruerit, quod vxor sit plenè informata de sua intentione, tunc certè non videtur dubitandum, quod tutor a matre declaratus esset præficiendus, quandoquidem, nec tunc deficeret actus, nec probatio actus, vt considerauit *Bartolus in l. quidam ff. de reb. dub.* quinimmo hic tutor intelligendus esset datus a patre relata solummodo nominatione in matrem de voluntate eiusdem patris, prout in specie notat *Phylippus Corneus dict. cons. 210. n. 2.* Si verò ipse testator non dixerit, quod vxorem suam certiorem fecerit de sua voluntate, & intentione circa tutelam, seu tutorem, sed ipsa vxor asseruerit, quod conscia sit de mente eiusdem testatoris relata potius ad vnum, quam ad alterum, tunc maior videtur difficultas, cum possit esse ratio dubitandi, quod ex propria propensione versus illum, quem ipsa declarauit, pro eodem ferat testimonium; Nihilominus crediderim, quod, vbi ex alijs coniecturis non constet, matrem ex nimia propensione in illum ferri, plurimum deferendum esse eius dicto, cum etiam iura plurimum deferant matri. Nec præsumendum est, quod declarando aliter, ac maritus, seu respectiuè pater intenderit, voluerit ab eius voluntate declinare forte in præiudicium filiorum, quod certe contingeret, si declararet pro altero, quem pater non intenderit, quandoquidem, cum iudicium patris in ordine ad filios ita perpensum censeatur, vt perpensius excogitari non possit, declinando a tali iudicio declinaret ab eo, quod esset filijs vtilius, adeoq; id cederet in eorum præiudicium saltem negatiuè.

Respondeo secundo. Quamuis tutor sic incertè à patre nominatus, & à matre

cer-

certioratus sit præficiendus, non tamen debet intelligi ipso iure tutor, sed indiget confirmatione à Iudice, qui tamen tenetur illam præstare, nisi aliud obstiterit. In hanc expressè videntur assentiri omnes præallegati pro prima responsione, dum dicunt, tutorem sic datum à patre, & à matre certioratum esse à Iudice confirmandum. Ratio ex eo deducitur, quia, si tutor fuerit datus à patre in testamento minus perfecto, & minus solemni vtique est à Iudice confirmandus per ea, quæ in præcedentibus latè docuimus iuxta communem scribëtium sententiam, & hoc non alia ratione, nisi, quia minus legitimè constat de voluntate eiusdem testatoris, ergo etiam, si datus fuerit incertè, quantumuis à matre certificetur per suam declarationem erit à Iudice confirmandus, cum non minus demat de perfecta, & absoluta subsistentia incertitudo, quam imperfectio, seu minor solemnitas testamenti. Confirmatur, quia confirmatio Iudicis ponitur in supplementum eorum, quæ quoquo modo deficiunt ex parte solemnitatum à iure requisitarum, ergo a fortiori eadem erit ponenda, cum aliquid defecerit ex parte voluntatis disponentis de tutore, idest non planæ declarationis; nec sufficit, quod complementum declarationis ponatur à matre, quandoquidem, cum possit versari aliqua dubietas circa talem matris declarationem, hæc quoque erit per Iudicem supplenda.

4
Tutor sic datus à patre, & à matre certioratus indiget confirmatione.

Cõfirmatio ponitur in supplementum solemnitatum.

---

§. LXI.

An, si seruus minor 25. annis fuerit à Domino relictus tutor filiorum suorum, consequatur libertatem à die obitus testatoris, an vero, cum compleuerit ætatem legitimam annorum 25.

SVMMARIVM.

Sensus disquisitionis exponitur. 1.
Probabilius consequitur libertatem à die obitus testatoris. 2.
Equum non est, vt qui aliorum regimini est destinatus, eorum subsit seruituti. 3.
In causis libertatis semper latior facienda est interpretatio. 4.
Soluuntur rationes opposita sententia. 5.

DIsquisitio LXI. Sicuti in præcedentibus dictum est, quod cæteri omnes quantumuis liberi non possint esse tutores, seu melius exercere munus tutelæ, antequam compleuerint legitimam ætatem annorũ 25., ita, quin immo a fortiori hoc intelligendum est de seruis. Diximus vlterius, quod serui, qui à proprio Domino constituti sunt tutores filiorum eiusdem Domini consequantur directam libertatem, non merè fideicommissariam, eo quia non potest in eisdem firmari tutela, nisi constituãtur in plena libertate. Modo supponimus, quod à Domino in suo testamento constitutus sit tutor filiorum suorum seruus, qui tamen adbuc minor sit, nec attigerit ætatem legitimam 25. annorum, sed adhuc ab ea non modicum distet. Certum est, quod hic non potest munus tutelæ exercere, donec ad 25. annos peruenerit. Hinc inquirimus, an libertatem solummodo consequatur, quando cõpleta ætate legitima incipit munus tutelæ exercere, an vero immediatè ab obitu testatoris, à quo fuit tutor constitutus?

1
Sensus disquisitionis dilucidè explicatus.

Respondeo, probabilius esse, quod libertatem consequatur à die obitus testatoris. In hanc responsionem propendere tenentur, quotquot sustinent seruum effectum tutorem filiorum Domini acquirere libertatem perfectam, & directam contra Vulpianum, & alios volentes non consequi, nisi fideicommissariam, adeo vt tunc solummodo incipiat tutor esse, cum ad libertatem perductus fuerit. Hoc expressè videtur colligi ex textu *in l. Quæro §. Lucius ff. de testam. tut.* vbi, cum Lucius Titius instituisset hæredes filios suos pupillaris ætatis, eisque dedisset tutores his verbis, *Filij mei tutores sint Caius Meuius, & Lucius, Eros*, cui Eroti libertatẽ non dedit, erat autem Eros intra 25. annũ suæ ætatis. Hic quærit, an libertatem possit sibi vindicare? *Paulus respondet; Quoniam placet eum, qui à Domino tutor est datus, libertatem quoque meruisse videri, eum quoque, de quo quæritur, in eadem causa habendum, & liberum quidem ab adita hæreditate esse, tutela autem post legitimam ætatem onerari*, vbi nota illas particulas, *liberum quidem ab adita hæreditate esse*, quæ iudicant libertatem consequi eo ipso, quod hæredes patris adiuerint hæreditatem, per quam testamentum completur; nota vlterius vltima verba, *Tutela autem post legitimam ætatem onerari*; vbi vides, prius consequi libertatem, & antequam exercere possit tutelam, completa postea ætate eadem tutela grauari; quo certè nihil clarius ad rem nostram. Nota vlterius in dicto textu rationem, *Quoniam placet eum, qui à Domino tutor datus est libertatem quoque meruisse videri.*

2
Probabilius consequitur libertatẽ à die obitus testatoris.

Iura, quibus innititur responsum.

Adde textum *in §. 1. Instit. Qui testam.*

tut. dar pof., *& in l. penult. §. cum igitur de necest. seru. hæred. instit.*, vbi dicitur, vt cum quis seruus factus est tutor, vel institutus hæres à Domino consequatur libertatem, addita etiam ratione, quod incongruum penitus videatur, vt qui ad regimen filiorum Domini destinatur, ipse graui seruitutis onere pergrauetur, & mancipiorum vinculo obstringatur, quem enim Dominus dignum habuit, vt filijs suis quoquo modo præesset, ipse quoque dignus reputandus est, vt eisdem non subsit vt seruus, & mancipium.

3 Æquum non est, vt qui aliorum regimini est destinatus, eisdem subsit vt mancipium.

Sed eo ipso, quod à Domino in testamento constitutus est tutor filiorum suorum intelligitur post mortem Patris tutor, quamuis defectu ætatis illam tutelam exercere nequeat, qua ratione secundum *Ioannem Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 7. num. 34.* dicitur esse tutor in habitu, licet non in actu, ergo intelligitur etiam à seruitute liberatus, & libertati donatus.

4 In causis libertatis semper latior facienda est interpretatio.

Adde vlterius, quod in causis libertatis vtpotè maximè fauorabilibus semper latior facienda est interpretatio, adeout fauore libertatis multa contra ius commune sint recepta per textum *in l. 3. §. 1. ff. de alien. iud. mut. l. vnica C. de commun. seru. manum.* sæpe enim fauor libertatis alias benigniores sententias exprimit *l. 32. §. vlt. ff. ad leg. falcid.*, ergo admisso etiam dubio, quod, quando per Dominum constitutus est seruus tutor filiorum eiusdem Domini libertas possit incipere, quando incipit gerere tutelam, vel quando mortuus est testator, vel adita eius hæreditas, præsumendum est fauore eiusdem libertatis, quod incipiat à die mortis testatoris, vel aditæ hæreditatis, licet tunc ratione minoritatis ætatis tutelam nequeat exercere.

5 Soluuntur rationes oppositæ sententiæ.

Neque obstat, quod, cum libertas concedatur intuitu tutelæ, non videatur posse incipere, nisi cum tutela incæperit, quod enim propter aliud conceditur, non videtur locum posse habere, nisi illud, propter quod conceditur ponatur in esse; Non obstat, inquam, quia sufficit ad consequendam libertatem, quod id, ratione cuius intelligitur concessa, sit positum in habitu, licet defectu alicuius conditionis non sit positum in actu, quatenus pro tunc nequeat exerceri; eo autem ipso, quod seruus constitutus est tutor, & mortuus est Dominus, & testator, seu adita eius hæreditas intelligitur tutor in habitu, quamuis non in actu, adeoque &c., & præsertim hoc verificatur ratione libertatis, quæ maxime fauorabilis est, vt supra.

---

§. LXII.

An dato tutore sub certo nomine, in dubio, an plures fuerint sub tali nomine, qui concurrere possint, præsumendum sit pro pluralitate, an verò pro vno illius nominis.

SVMMARIVM.

Casus disquisitionis clarè exponitur. 1.
Casus, in quo iuxta mentem Abbatis præsumitur pro pluribus sub eodem nomine. 2.
In eo casu non sufficit probare identitatem nominis, sed requiritur probatio identitatis corporis. 3.
Sententia Baldi asserentis non esse præsumendum de pluralitate, nec esse necesse, vt articuletur de corporis identitate. 4.
In casu præsentis disquisitionis vix potest præsumi pro pluralitate. 5.
Si verè sit dubium, an plures fuerint præsumendum est pro eo, qui apparet. 6.

1 Exponitur status controuersiæ.

Disquisitio LXII. Iuxta superius dicta, si duo, vel plures fuerint eiusdem nominis, & dubium maximum sit, de quonam ex illis fuerit locutus testator, qui tutorem dedit filijs suis sub tali nomine, adeout neque ex præcedentibus, neque ex concomitantibus, neque ex subsequentibus possit apparere de indiuidua eius mente, nemo ex illis intelligitur tutor per textum *in l. duo sunt Titij ff. de testam. tut.* Modo supponimus, quod à testatore fuerit constitutus tutor filiorum suorum sub determinato nomine, & cognomine, & quod vlterius mortuo testatore ortum fuerit dissidium, quod in tali familia, & agnatione plures, seu saltem duo fuerint, qui tali nomine appellarentur, vnde excitata fuit controuersia, an, cum tunc vnus tantum appareret sub tali nomine, pro eodem præsumendum esset, & sic deberet ipse esse tutor, an verò pro pluralitate, & sic nullus ex illis, nec ipse, qui tunc apparet, deberet esse tutor?

2 Casus, in quo iuxta mentem Abbatis præsumitur de pluralitate sub eodem nomine.

Hæc controuersia, quamuis in alijs terminis, sub quibus fuit considerata ab *Abbate in c. cum Ioannes de fid. instrum. num. 16. in vers. sed extra, & à Felino in c. auditus sub num. 27. in vers. item in quantum de præscript.* in casu scilicet reprobandi instrumenti, videatur aliquam vim posse habere; non videtur tamen posse habere vim in casu, de quo hic loquimur; nam

ibi

ibi erat sermo de instrumento, in quo fuerant scripti testes sub certis, & determinatis nominibus; cum ageretur postea de validitate eiusdem instrumenti, & contentorum in ipso, vel de inualiditate, fuerunt vocati nonnulli, qui eisdem nominibus appellabantur, qui interrogati de contentis in eodem instrumento responderunt, se eidem non interfuisse, vnde excitata fuit controuersia, an præsumendum esset, quod pro tempore conditi instrumẽti plures fuerint sub eisdem nominibus, qui interesse potuerint, præcipuè cum vocati negarent, se illi instrumento interfuisse. Circa quam controuersiam *Abbas loc cit.* videtur asserere, præsumi posse de pluralitate nominum, dum dicit possibile esse, quod tempore confecti instrumenti essent alij, qui vocarentur eisdem nominibus, quique fortè dicto instrumento interfuerint; id circò non sufficere probare identitatem nominis, & cognominis, nisi etiam probetur identitas corporis, quod potissimum fieret, si probaretur, quod tempore eiusdem conditi instrumenti non essent alij, qui tali nomine vocarentur distincti ab illis, qui fuerunt producti; atque pro hac opinione stant *Menochius de arbitr. Iud. lib. 2. cent. 2. cas. 105. num. 4. vers. præterea*, *Pacianus de probat. lib. 1. c. 47. num. 81.*, & alij plures; quos recenset *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 10. num. 13.*

3 In eo casu non sufficit probare identitatem nominis, sed requiritur probatio identitatis corporis.

Ex aduerso *Baldus cons. 70. cum appareat de condemnatione vol. 4.* asserit, non esse præsumendum pro pluralitate, nec necesse esse, vt articuletur de corporis identitate, quando non constat, plures esse eiusdem nominis, quoniam vbi est nominis conformitas, ibi præsumitur corporis identitas, nisi aliud probetur, quod idem senserunt *Iason in l. eum qui §. in popularibus num. 5. vers. similiter in nomine ff. de iure iur.*, *Bartolus in l. si rem num. 1. in vers. nota erga ff. de rei vindicat. & in l. si quis seruum §. si tutor duos in fin. ff. de legat. 2.* Quamuis, inquam, hæc videantur aliquam difficultatem habere, non tamen videntur posse vim habere in casu, de quo hic loquimur, quandoquidem hic supponimus, quod pro tempore, quo tutela mortuo testatore conferenda est, modicum transierit a tempore, quo testator sub tali nomine dedit tutorem, adeoq; quod de facili possit innotescere, an pro illo tempore alij fuerint sub tali nomine, qui possint ad tutelam concurrere. Ad cuius rei clariorem notitiam sic discurro; vel à tempore, quo conditum est testamentum multum tempus pertransijt, puta viginti vel triginti annorum, vel modicum, puta octo, vel decem annorum; Si primum; non potest habere locum præses quæstio, quandoquidem ex illo tempore intelliguntur eius filij egressi limites impubertatis, & sic non potest respectu eorum amplius esse locus tutelæ; Si secundum; imperceptibile videtur, quod, si plures fuerint sub tali nomine, non possit eorum esse cognitio, & per consequens, si vnus tantum appareat pro tempore, quo tutela locum debet habere, constat præsumendum est pro illo solo, & non pro pluralitate, in quo sensu rectè procedit opinio *Baldi*, *Iasonis*, & *Bartoli* secundo loco recensita, & rationes pro eadem adductæ.

4 Sententia Baldi asserentis non esse præsumendum pro pluralitate, nec esse necesse, vt articuletur de corporis identitate.

5 In casu præsentis disquisitionis vix potest præsumi pro pluralitate.

Si tamen ad vberiorem doctrinam supponere velis, quod verè sit dubium, an plures extiterint eiusdem nominis, vel non extiterint, & inquiras, an pro pluralitate, an verò pro vnicitate præsumendum sit, tunc dicam, quod, vbi de pluralitate non constat, præsumendum sit pro eo, qui de facto sub tali nomine reperitur, & in hoc consentiunt vltra præcit. *Baldum, Iasonem, & Bartolum*, *Socinus cons. 28. viso testamento num. 7. in vers. sed ad hoc responderur vol. 3.*, *Felinus in d. c. cum Ioannes sub num. 9. vers. in quantum Dominus de fid. instrum.*, *Natta cons 97. num. 15. vol. 1.* Ad hoc asserendum non solum moueor ex ratione, qua mouentur *Baldus d. cons. 70. vol. 4.*, & *alij supra allegati*, quia scilicet, vbi est nominis conformitas, ibi præsumatur personæ identitas, vbi aliter non constet, sed etiam ex alijs validis coniecturis, & in primis considero, an à tempore conditi testamenti ad tempus tutelæ conferendæ diutinum tempus elapsum sit, an verò modicum, si modicum non potest esse præsumptio aliorum existentium sub tali nomine, si de illis notitia non habeatur; si diutinum; præsumendum esset, quod, si alius a superstite extitisset sub tali nomine, cui testator intendisset tutelam conferre, de nouo tutore dando cogitasset in tanto tempore, si ille prędecessisset, & per consequens, cum de alio non disposuerit, cum disponere potuisset, præsumendum est, quod, quamuis alius extiterit sub tali nomine, de illo non cogitauerit, & sic quod, quamuis possit esse præsumptio de aliorum existentia, seu pluralitate, non tamen possit esse præsumptio, quod tutela ad alios fuerit delata ab ipso existente, & superstite sub tali nomine. Deinde considero, quod, si plures fuissent pro tempore conditi testamenti sub eodem nomine, & cogniti à testatore, vtique personam, quam intendisset, vt ab alijs sub tali nomine comprehensis secerneret,

6 Si verè sit dubium, quod nequeat solui, an plures fuerint sub tali nomine, an vnus tantum præsumptio est pro illo, qui sub tali nomine reperitur.

Afferuntur coniecturę pro tali præsumptione.

qualitatibus magis indiuiduantibus indicasset, quod, cum non præstiterit, præsumendum est, quod alij non extiterint sub tali nomine saltem cogniti ab ipso testatore, quod, si supponantur alij extitisse non tamen cogniti a testatore, non est præsumendum, quod de illis cogitauerit in constitutione tutelæ.

---

§. LXIII.

An non solum Pater, sed etiam Mater, & extraneus possit testamento dare tutorem sub conditione, vel in diem.

SVMMARIVM.

Sensus disquisitionis expositus. 1.
Tutor datus à Patre in testamento minus perfecto dicitur testamentarius remissiuè. 2.
Datus verò à Matre, vel ab extraneo datiuus. 3.
Rationes suadentes tutorem datum à Patre in testamento minus perfecto posse esse sub conditione, & in diem. 4.
Sententia asserens posse etiam à Matre, & ab extraneo instituentibus pupillos hæredes dari tutores sub conditione, & in diem. 5.
Sed hæc sententia reprobatur. 6.

DIsquisitio LXIII. In præcedentibus latè docuimus à Patre posse quidem testamento dari tutorem proprijs filijs sub conditione, vel in diem, non tamen à Iudice, & rationes diuersitatis etiam assignauimus. Item docuimus, nedum à Matre, sed etiam ab extraneo posse testamento constitui filijs proprijs, & respectiuè alienis, si tamen tàm Mater, quam extraneus illos filios hæredes instituerit. Item docuimus huiusmodi tutores à Matre, vel ab extraneo constitutos in ordine ad filios, quos hæredes instituerunt, indigere confirmatione, ante quam non possint se ingerere in tutela. Modo supposito, quod mater, vel extraneus instituerint hæredes filios quærimus, an eisdem possint tutores constituere sub conditione, vel in diem, quod idem erit discutiendum de Patre, si tutores constituerit in testamento minus perfecto, & minus solemni.

1 Exponitur, in quo sensu sumendus sit titulus.

Nota, quod in præcedentibus docuimus, quod tutor datus a Patre in testamento minus perfecto, & minus solemni, & a Iudice confirmatus dicatur testamentarius, non datiuus, prout signantèr *sub hoc eod. tit. de tut., & curat. 1. Disq. II. §. 39. post 3. considerationem vers. neque his, quæ dicta sunt*, & docent etiam *Glosa in l. neque per Epistolam in addit. C. de confirm. tut., & Bartolus in l. 1. C. & ff. eod. tit.*, tutor verò datus à matre, vel ab extraneo, qui filios instituerunt hæredes, dicatur potius datiuus, quam testamentarius, prout probauimus *sub hoc eod. tit. de tutor., & curat. 1. prænot. 5. nu. 13., & alibi.*

2 Tutor datus à Patre in testamēto minus perfecto dicitur testamentarius remissiuè.

Ex quibus videtur deducendum, quod tutor datus a patre, quantumuis in testamento minus perfecto, & minus solemni, possit esse sub conditione, & in diem, arg. eorum, quæ docuimus in præcedentibus, & habetur *in l. naturali ff. de confirm. tut., & l. fin. C. eod. tit., Molina Theologus de iust., & iur. tract. 2. disp. 220. vers. filijs etiam, & in vers. seqq.*, datus vero a matre, & ab extraneo, quantumuis filios hæredes instituerint, non possit esse sub conditione, & in diem ex generali regula, de qua in præcedentibus, quod per Iudicem tutores nequeant dari sub conditione, & in diem, per textum *in l. muto §. 1. ff. de tutel., & ibi Bartolus, & Glosa, & DD. in verb. posse dari Cardin. Paris. conf. 11. cum iste infans n. 7. lib. 2., Antonius Piaggius de tut., & curat. q. 3. num. 42. vers. limita.*

3 Datus vero à matre, vel ab extraneo dicitur datiuus remissiuè.

Quoad tutores à patre in testamento licet minus perfecto, minusque solemni datos, posse esse sub conditione, vel ad tempus non dubitauerim, non solum propter allatam rationem, quod ipsi sint potius testamentarij, quam datiui, sed etiam, quia pater propensiori consilio censetur consulere filijs suis de idoneo tutore etiam apponendo conditionem, & diem, quandoquidem talis conditio censenda est fauorabilis eisdem pupillis, & interim, ac talis conditio pendet, nullum damnum imminere potest eisdem pupillis, quandoquidem eisdem dandus est alius tutor à Iudice, qui administret, & cuius officium cesset purificata conditione; vndè quoad hoc iura multum deferunt patri, vt propter affectionem, & perpensum iudicium velint in constitutione tutelæ eius voluntatem etiam conditionatam esse sequendam.

4 Rationes suadentes tutores dari posse à patre in testamento minus perfecto sub conditione, & in diē.

Quoad tutores vero à matre, vel ab extraneo, in testamento datos: *Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 11. n. 10.*, qui primo asseruerat, tutorem sub conditione, vel in diem posse dari à patre in testamento, eo quia præsumatur Pater benè facere filijs, & quod iura multum in eodem confidunt, asserit etiam idem dicendum de matre propter eandem rationem, & etiam de extraneo, qui, cum reliquerit pupillos, quibus tutorem constituit, hæredes, eisdem exhibuit magnam

5 Sententia asserens posse etiā à matre, & ab extraneo instituentibus pupillos hæredes dari eisdem tutores sub conditione, & in diē.

gnam

gnam propensionem, & beneuolentiam, ac propterea etiam præsumendum est, quod eisdem consulendo de tutore etiam sub conditione eis benefaciat, ac propterea comprehendatur sub eadem ratione, sub qua continetur Pater, & Mater in ordine ad dandum filijs tutorem sub conditione. Sed in ordine ad Matrem, & multo minus ad extraneum non libenter acquiescerem eidem Gutierez ob rationes plurimas: primo, quia tutor ab

6 eisdem datus in testamento, & à Iudice confirmatus non est testamentarius, sed datiuus, adeoque non videtur posse pati conditionem, & diem iuxta ea, quæ de alijs tutoribus datiuis dicta sunt in præcedentibus. Secundo, quia iura non tantum deferunt Matri, & extraneo, quamuis pupillis, quibus tutorem in testamento constituunt, hæreditatem reliquerint, quantum in hoc deferunt patri, quandoquidem in ordine ad tutores à Patre in testamento minus solemni datos solum præscribunt Iudicis confirmationem, non autem requirunt inquisitionem, in ordine verò ad tutores datos à Matre, vel ab extraneo in testamento non solum confirmationem, sed etiam inquisitionem exigunt. Tertio, quia præcipuè in Matre non ita perpensum iudicium, & consilium potest excogitari, ac in Patre.

Hæc sententia in ordine ad Matrem, & extraneum reprobatur.

Rationes talis reprobationis.

Quia tamen in præcedentibus pro ratione fundamentali, cur per Patrem in testamento possit dari tutor sub conditione, & in diem, non sic per Iudicem, eam adduximus cum *Bartolo in d. l. muto §. primo ff. de tutel.*, quia scilicet, quando datus est per testatorem sub conditione, Iudex pendente conditione potest prouidere de tutore, & curatore, sicque in hac hypothesi pupilli nunquam reperientur sine tutore, vel curatore; quando verò datus à Iudice sub conditione pendente conditione pupilli sine curatore, vel tutore remanerent, quod valde ipsis noxium esset, adeoque Iudex non potest, nisi simpliciter, & purè dare *Angelus in §. ad certum tempus Instit. Qui testam. tut. dar. pos.*, *Antonius Piaggius de tut. & curat. q. 3. num. 43.* Quia, inquam, hanc rationem adduximus, ideò congruè discurrendo dicimus, quod, quando tutor datus est à Matre, vel ab extraneo non possit esse sub conditione, quia, cum indigeat, vt possit administrare, confirmatione, & inquisitione, perindè habetur, ac si esset à Iudice datus per ea, quæ prænotauimus, adeoque non potest recipere conditionem, cæteroqui eadem pendente remaneret sine tutore vel curatore, quod admittendum non est. Quod, si repetas, quod illa conditio non apponeretur à Iudice, sed vel à Matre, vel ab extraneo instituentibus hæredes pupillos, & dantibus huiusmodi tutorem sub tali conditione; statim dicam, quod, cum huiusmodi institutio tutoris sic facta à Matre vel extraneo nullam vim habeat, nisi à Iudice cum inquisitione confirmetur, perindè se habeat, ac si esset facta à Iudice secundum omnes qualitates ab eodem confirmatas, adeoque &c.

Aliæ rationes pro eadē resolutione.

---

§. LXIV.

An Iudex in datione tutelæ possit expresè addere conditiones conformes actui.

SVMMARIVM.

Titulus in suis terminis expositus. 1.
Tutor sub conditionibus expressis, quæ ex natura sua insunt, datus à Iudice tenet. 2.
Maior vis, quæ consistit in conditione expressa fundatur in maiori declaratione. 3.
Argumentum desumptum ab eo, quod, si Iudex dixerit se expresè dare tutorem etiam quoad bona alibi sita, non teneat talis tutor quoad illa bona. 4.
Hoc argumentum reprobatur, cum eius assumptum non subsistat. 5.

Disquisitio LXIV. Cum ageretur de tutore dando filijs impuberibus Antonij defuncti sine constitutione eiusdem tutoris, & plures concurrerent, & proponerentur ad tutelam horum filiorum, Iudex decreuit Fabium esse præficiendum, adiectis tamen nonnullis conditionibus, quæ videntur inesse naturæ contractus, puta si satisdederit, si inuentarium confecerit, si reliqua seruanda seruauerit. Hic orta fuit controuersia, an tutor datus sub huiusmodi conditionibus à Iudice subsistat? 1

Explicatio casus in terminis particularibus

Respondeo, huiusmodi tutorem sub his conditionibus expressis datum à Iudice subsistere. In hanc responsionem communiter propendent *Bartolus in l. muto §. 1. num. 1. ff. de tut.*, *Decius in c. significasti num. 14. de elect.*, *Antonius Piaggius de tut. & curat. q. 3. num. 41.*, *Ioannes Gutierez de tutoribus, & curat. part. 1. c. 11. n. 8.*, *& alij communiter*. Hoc expresè videtur colligi *ex d. l. muto §. 1. ff. de tutel.* Ibi *hanc autem adiectionem, quam Præsides Prouinciarum faciunt, tutorem do, si satisdederit, non conditionem in se habere, sed admonitionem, non aliter enim ei tutela committi, quam si satisdederit*, & ratio ex eo deducitur, 2

Tutor sub his conditionibus expressis datus à Iudice tenet.

quia

Iura, quibus innititur responsio.

quia conditio, quæ tacitè inest, si exprimatur, nihil operatur, & sic non facit actum conditionalem *Alexander, & DD. in l. qui liberos in princip. ff. de vulg. & pupil. subst. l. conditiones, quæ extrinsecus, & ibi Glosa ff. de cond. & demonst.*

Neque obesse potest, si asseratur, quod expressa conditio apposita magis suspendat dispositionem, quam conditio tacita, quæ subintelligitur *Calderin. cons. 221. num. 2. vers. ad idem facit stilus*, vnde expressi maior est vis, quam taciti per textum *in l. nonnunquam ff. de condit. & demonst. l. expressa nocent, vbi Decius num. 5. ff. de reg. iur.* Non, inquam, obesse potest,

3 Maior vis, quæ habetur in conditione expressa cõsistit in maiori declaratione.

quia, si quid magis importat conditio expressa consistit solummodo in maiori declaratione, prout notat *Surdus cons. 10. nu. 24. & cons. 310. num. 14., Picchardus ad §. 1. num. 9. Instit. de vulg. subst.*, cæterum, eum solum id importet, quod inuoluit tacitum, non inducit quid nouum, nec facit conditionem per textum *in l. conditiones, quæ extrinsecus ff. de cond. & demonst. l. 3. ff. de legat. 1. l. non rectè ff. de fideiuss., Ancharanus cons. 147. super alia num. 4. & cons. 404. sua dubia num. 7.*

Maiorem difficultatem videntur ingerere ea, quæ in præcedentibus dicebamus, nempe, quod tutor simpliciter datus

4 Argumentum desumptum ex eo, quod, si Iudex expressè dixerit se dare tutorem etiã quoad bona alibi sita, nõ teneat talis tutor quoad illa bona.

intelligatur de iure, & ex natura tutelæ datus ad omnia etiam alibi sita per textum *in §. datus Instit. de excus. tut. & l. propter litem §. licet ff. eod., Montanus de tut. & curat. c. 6. nu. 6. n. 55., Corneus cons. 302. num. 6. lib. 2., Galganetus de tutor. lib. 1. tit. 6., Balthassar Thomasius de tut. & curat. tit. 11. c. 7.*, & tamen, si Iudex se dare expressè etiam quoad bona alibi sita asserat, non teneat illa datio quoad bona alibi existentia, prout firmauerant *Angelus in l. 1. C. vbi pet. tut., Gregorius Lopez in l. 12. tit. 16. part. 6. per tot., Vgo in d. l. 1. C. vbi pet. tut. Glosa in l. pupillo C. de tut. & curat. dat. ab his.* Sed hæc nullatenus nos possunt ferire, quandoquidem docuimus *sub hoc eodem tit. de tutore, & curat. 1. Disq. 1. §. 7. num. 3.*, quod, quantumuis Iudex expresserit se dare etiam

5 Hoc argumentum reprobatur, cum assumptũ eiusdem non subsistat.

quoad bona extra territorium existentia, adhuc tamen teneat dicta datio, quod etiam firmauerat *Azon in d. l. 1. C. vbi pet. tut.* In hoc diù non immoramur, quandoquidem loc. cit. omnia fuerunt plenè discussa, maturè probata, & ab aduersantium obiectis vindicata; vnde ex hoc non benè efformatur argumentum, quo euincatur, quod, si conditio, quæ ex natura sua tacitè inest actui, exprimatur, hæc inducat actum conditionalem, & vitiet ipsum actum, quando respectu talis actus est prohibita conditio; prohibitio etenim intelligenda est de conditionibus, quæ sunt extra naturam actus, non de illis, quæ tacitè ipsi actui insunt.

---

§. LXV.

An, si Matri simul cum alijs data fuerit per Patrem testamento tutela filiorum impuberum, si hæc transeat ad secunda vota, teneatur alium tutorem petere.

SVMMARIVM.

Sensus tituli in casu particulari exponitur. 1.

Si tutores simul dati cum Matre fuerint secundum se sufficientes ad munus tutelæ mater eximitur à pœna priuationis, si transeat ad secunda vota non petito alio tutore. 2.

In hoc casu transitus ad secunda vota mater non tenetur renuntiare eidem tutelæ coram Iudice, tenetur tamen reddere rationem administrationis. 3.

Quotiescunque in locum Matris transeuntis ad secunda vota alius tutor subrogandus est, aperitur locus non legitimo, sed datiuo. 4.

DIsquisitio LXV. Dictum est in præcedentibus, quod, si mater, quæ 1

tutelam filiorum assumpsit etiam ex vi testamenti, transire voluerit ad secundã vota, teneatur tutelam deponere, & petere à Iudice, vt alium tutorem idoneum eisdem filijs substituat.

Dilucidatur casus præsentis tituli.

Contigit, quod pater in suo vltimo testamento matrem simul, & alios tutores constituerit filiorum, qui omnes eam tutelam, & administrationem eiusdem susceperint; sed mater modico tempore elapso ab eadem tutela suscepta nulla facta renuntiatione, nec alio petito tutore ad secundas nuptias conuolauit. Quæsitum hic fuit, an mater ob non renuntiatam tutelam, & non petitum tutorem subdatur pœnis iuris iniunctis matribus conuolantibus ad secunda vota, non petito prius tutore. Secundo, an in hac hypothesi alius sit dandus tutor in locum matris, & an hic debeat esse legitimus, vel datiuus?

Respondeo primo: Si tutores simul dati cum matre fuerint secundum se sufficientes ad munus tutelæ iniunctum exercendũ, probabilius mater eximitur à pœna priuationis quoad successionem eorundem filiorum, si decesserint in impuber-

pubertate, quantumuis ad secunda vota migrauerit non petito eisdem alio tutore; si vero illi non fuerint sufficientes, vtique ab illa pœna non eximitur. *Boerius decis.266.col. fin. ad fin. decis., Ioannes Gutierez de tut., & curat.part.1.c.9.nu.27.* Ratio quoad primam partem ex eo deducitur, quia formalis ratio, propter quam iura imposuerunt huiusmodi pœnas aduersus matres transeuntes ad secunda vota non petito tutore filijs, ea est, ne filij interim maneant indefensi, & eorum bona sine tutore sint obnoxia periculis, & damnis, propter quam rationem diximus in præcedentibus, quod extãtibus tutoribus testamentarijs mater non subeat pœnas, si filijs tutores non petat, sed extantibus alijs tutoribus testamentarijs, qui secundum se sint sufficientes ad munus tutelæ, nec pupilli remanerent indefensi, nec eorum bona exposita periculis, ergo &c.

2 Si tutores simul dati cum matre, fuerint secundum se sufficientes ad munus tutelæ, mater eximitur à pœna, si transierit ad secunda vota, non petito alio tutore.

Sed, an saltem mater transitura ad secundas nuptias, teneatur coram Iudice
3 deponere tutelam, quam assumpserat, & alijs contutoribus reddere rationem administrationis, adeo vt, si hæc non præstet, amittat ius ad successionem? Affirmant *Baldus cons. 489. punctus quæstionis vol. 4., Decius cons. 246. requisitus ab illustri gubernatore in fin. n.7.* Sed ego quoad renuntiationem, seu depositionem non libentèr acquiescerem saltem quoad pœnam priuationis, quandoquidem per transitum ad secundas nuptias, per ea, quæ supra commendauimus, ipso iure priuatur tutela; Quoad rationem verò administrationis reddendæ libens suscriberem propter ea, quæ in præcedentibus dicebamus, & docent etiam *Paulus Montanus de tut., & cur.c.15.n 106., Baldus in auth. eidem C. de secundis nuptijs, & in l. omnem C. ad Tertul., Ioannes de Garonibus in d. auth. eisdem n. 39.* nempè, quod mater sub eadem pœna priuationis teneatur non solum filijs tutorem petere, cum conuolare voluerit ad secundas nuptias, sed
4 etiam rationes reddere, & reliquatum restituere.

In hoc casu trãsitus ad secunda vota non tenetur mater renuntiare tutelę coram Iudice, tenetur tamẽ reddere rationem administrationis

Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quod etiam in præcedentibus dicebamus, quod scilicet non solum mater teneatur filijs suis impuberibus tutorem petere, quando non habent, sed etiam remouere facere, quando tutorem, vel tutores habent, sed non idoneos, vel vno recusato, vel reiecto confestim aliorum nomina non ediderit, per ea, quæ docent *Ioannes Gutierez de tut., & curat. part.1. c. 16. n.57., Montanus eod. tract. c.18. nu. 16., Marantus in repet. l. is potest num. 186. ff. de acqu. hæred., Portius commun. reg., & concl. lib. 5. c. 4. ampliat. 8., & 15.*, ergo etiam tenebitur, quando ipsa à tutela remouetur per transitum ad secunda vota, curare, vt alius in ipsius locum substituatur, quando alij, qui remanent, non sunt sufficientes ad tutelæ munus adimplendũ, quandoquidem tenetur procurare, vt pupilli habeant sufficientem defensorẽ, & sicuti, quando ex pluribus tutoribus vnus se excusat, ita, vt alij non sufficiant, tenetur petere, vt alter in locum excusati subrogetur, ita etiam ipsa deficiente erit onus eiusdem curare, vt alter substituatur, quando alij remanentes non sufficiunt ad huiusmodi munus. Recole, quæ dicta sunt *sub hoc eod. tit. de tut., & curat. 1. prænot. 13. nu. 88.*

Si tutores simul dati cũ matre non fuerint sufficientes ad munus tutelæ, mater transitura ad secundas nuptias tenetur alium petere sub pœna.

Rationes pro hac resolutione.

Respondeo secundo. Quotiescunque existentibus alijs tutoribus testamentarijs in locum matris transeuntis ad secũdas nuptias alter est subrogandus, eo quod tutores existentes non sufficiant ad munus tutelæ, non fit locus legitimo, sed datiuo. Consonat cum ijs, quæ docuimus *sub hoc eod. tit. de tut., & curat. 1. prænot. 18. n.6.* per textum *in l. si quis sub conditione §. fin. ff. de testam. tut.*, vbi, quod deficiente altero ex tutoribus testamentarijs in locum eius, qui deficit, detur datiuus, non legitimus, eo quod vbicunque adest spes, seu reliquiæ tutoris testamentarij nunquam legitimus admittitur.

5 Quotiescunq; in locũ matris transeũtis ad secunda vota subrogandus est alius tutor, nõ fit locus legitimo, sed datiuo.

---

§. LXVI.

An mater, quæ per transitum ad secunda vota amittit tutelam filiorum prioris matrimonij, possit quandoque mortuo secundo marito illam reassumere.

SVMMARIVM.

Series quæsiti explanata. 1.
Referuntur casus, circa quos potest esse dubium. 2.
Quamuis mater nullos filios susceperit ex secundo matrimonio, non propterea potest admitti ad tutelam illorum prioris matrimonij. 3.
Sinè in transitu matris ad secunda vota non fuerit filijs prouisum de tutore, siue prouisum, sed non de idoneo, mater effecta vidua ex secundo marito non debet ad illorum tutelam admitti. 4.
A fortioribus non est admittenda ad tutelam filiorum primi matrimonij, si filios habuerit ex secundo. 5.

Si

Si nullus alius fuerit, qui possit tutelam suscipere filiorum prioris matrimonij, mater potest admitti. 6.

1 Sensus disquisitionis exponitur.

DIsquisitio LXVI. Iam patet ex supradictis, quod quotiescunque mater renubit, ipso iure amittat tutelam filiorum prioris matrimonij. Patet item, regulariter loquendo, quod iteeum, si ex secundo marito fiat vidua, non reassumat tutelam, quam amisit ob talem transitum, quia per talem transitum facta est suspecta, & semel suspectus semper præsumitur talis, sicuti semel malus semper præsumitur malus, vt in hoc, & simili genere arguit *Cynus in auth. Matri, & Auia n.8., & q. vlt. C. quand. mul. tut. offic. fung. pot.* Modo inquirimus, an saltem in aliquo casu mater mortuo secundo marito, possit iterum admitti ad tutelam filiorum eiusdem prioris matrimonij?

2 Referuntur casus, in quibus potest esse dubiũ.

Casus, de quibus potest esse dubium huiusmodi sunt; primo, si mater ex secũdo marito nullos susceperit liberos. Secundo in casu, quo post transitum matris ad secundas nuptias adhuc filijs prioris matrimonij non fuerit prouisum de alio tutore, vel, si fuerit prouisum pro tempore, quo eadem mater vidua effecta fuit ob obitum secundi mariti, ipse tutor defecerit, & pupilli remaneant sine tutore. Tertio, si alius idoneus non sit tutor, nec possit haberi, an mater ipsa possit tunc præfici.

3 Quamuis mater nullos filios susceperit ex secundo matrimonio, non propterea potest admitti ad tutelam filiorum prioris.

Respondeo primo, quantumuis mater ex secundo marito nullos liberos susceperit, non propterea potest iterum admitti ad tutelam filiorum prioris matrimonij. In hanc responsionem à fortiori debent consentire, quotquot absolutè sustinent matrem, postquam renupsit, non posse, etiam si vidua fuerit affecta, reassumere tutelam, quam amisit, & præcipuè *Cinus in d. auth. matri, & auiæ n. 8. C. quand. mul. tut. offic. fung. potest, Hypolitus de Marsil. in l. etiam, si redditus vers. patet etiam hoc n.6. ff. de quæstionibus, & Mansuerius in sua prax. tit. de tutor. in vers. item se mater habens tutelam.* In terminis hanc sustinent *Salicetus in d. auth. sacramentum nu. 5. in vers. quaro etiam C. quand. mul. tut. offic. fung. potest, Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 9. nu. 26. vers. has duas opiniones.* Rationem ex eo deduco, quia per præcisum transitum ad secundas nuptias facta est suspecta, semel autem suspecta semper præsumitur talis per ea, quæ considerauit *Pedrazza in suo tract. vid. disq. 39. n. 43.* per textum *in §. nouissimè autem instit. de suspect. tut., & ibi Portius nu. 9., Minsinger n. 1.*, nec euacuatur causa suspicionis ex eo, quod ex secundo marito non susceperit liberos, quandoquidem, ex quo in ordine ad filios prioris matrimonij declinauit ipsos derelinquendo, parum eidem fidendum videtur, quod non sit iterum eorum curam desertura, vndè iura parum eidem fiducialitèr deferunt.

Rationes pro hac responsione.

4 Siue in transitu matris ad secundas nuptias non fuerit prouisum filijs de tutore, siue fuerit prouisũ de non idoneo, mater effecta vidua ex secundo marito non debet admitti ad tutelam.

Respondeo secundo, siue eisdem filijs post transitum matris ad secundas nuptias non fuerit prouisum de alio tutore, siue fuerit prouisum, sed non de idoneo, vel qui defecerit pro tempore, quo mater effecta est vidua ex secundo marito, adhuc eadem mater non est admittenda ad eandem tutelam filiorum, si adhuc remaneant in impubertate. Hæc consonant cum ijs, quæ in præcedentibus diximus *sub hoc eod. tit. de tut., & curat. 1. pranot. 11. nu. 6.* hocque idem docent *Cinus in d. auth. matri, & auiæ n. 8., & in vlt. q. C. quando mul. tut. offic. fung. pot., Minsinger singul. obseru. centur. 3. obseruat. 83. nu. 2.*, qui testatur ita fuisse decisum per Dominos Cameræ Imperialis. Ratio ex eo desumitur, quia per transitum ad secunda vota ipsa mater ipso iure cadit à tutela, & facta est indigna ipsam administrandi, ergo non potest eandem reassumere ex eo, quod adhuc non facta fuerit prouisio eidem de alia persona, quod enim non facta sit prouisio in alia persona non afficit, quin ipsa mater ceciderit, & facta fuerit suspecta, vndè non videtur amplius admittenda, cum semel suspectus semper talis præsumatur, vt supra.

Rationes pro hac resolutione.

5 A fortiori non est admittenda ad tutelã filiorum prioris matrimonij, si habuerit filios ex secundo.

Respondeo tertio, si mater habuerit filios ex secundo matrimonio, à fortiori mortuo marito non potest reintegrari quoad tutelam filiorum prioris matrimonij amissam propter transitum ad secunda vota. Consonat cum ijs, quæ docuimus *sub hoc eod. tit. de tut., & curat. 1. pranot. 11. num. 63.*, & consentiunt in hoc non solum omnes præcitati pro prima responsione, sed vlterius in his terminis *Pedrazza in suo theat. vid. disq. 39. à nu. 93. ad 98.* Ratio adducta pro eadem prima responsione hoc à fortiori euincit, cui adde, quod viuente secundo marito tutelam filiorum prioris matrimonij non potest reassumere, ergo, nec existentibus filijs secundi matrimonij, quandoquidem eadem ratio, quæ militat viuente secundo marito, militat etiam viuentibus filijs eiusdem, cum præsumatur eadem mater plus diligere filios secundi mariti, quam primi, ad textum *in l. fæmina 3., & in l. generaliter Cod. de secundis nuptijs.*

Respondeo quarto. Si alius non fuerit habilis ad suscipiendam tutelam, seu, si filij non possint habere alium tutorem, probabilius Mater vidua ex secundo mari-

marito potest admitti ad eandem tutelam *Salicetus in d. auth. sacramentum nu. 5. in vers. quæro etiam C. quando mul. tut. offic. fung. potest, Boerius decis. 266. col. fin. vers. quare alio modo, Lucas de Penna in l. 1. col. 3. vers. ex eadem destinatio C. de his, qui in exil. lib. 10., Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 9. n. 26. vers. quid ergo tenendum.* Rationem ex eo deduco, quia in hac hypothesi necessitas pupillorũ prævalere debet præsumptioni suspicionis in matre binnuba, & minus pernitiosum videtur filijs, fidere matri quantumuis ex præcedenti causa suspectæ, quam ipsos relinquere fortunæ aleæ sine duce, tutore, & defensore.

6 Si nullus alius fuerit habilis ad tutelam filiorum prioris matrimonij, mater tunc poterit admitti.

§. LXVII.

An semper verum sit, quod bona matris, & secundi mariti sint tacitè hypothecata filijs prioris matrimonij.

S V M M A R I V M.

Series disquisitionis exposita. 1.

Bona matris, & secundi mariti remanent hypothecata filijs prioris matrimonij, quando eadem mater transiuit ad secundum, non reddita ratione administrationis. 2.

Quid si susceperit mater tutelam, sed ex incuria non administrauerit, vel administrauerit, non tamen susceperit? 3.

Si susceperit, & culposè non administrauerit, eius bona, & secundi mariti remanent hypothecata pro non administratis. 4.

Si mater non susceperit tutelam, administrauerit tamen, & non reddita ratione transierit ad secunda vota, eius bona, & marito secundi remanent hypothecata pro illa administratione. 5.

1 Exponitur casus in suis terminis.

DIsquisitio LXVII. Dictum fuit in præcedentibus, quod, si mater trãsierit ad secunda vota, eius bona, & secũdi mariti remaneant hypothecata in fauorem filiorum prioris matrimonij. Modo contingit dubitari, an semper hoc verum intelligatur?

2 Bona matris, & secundi mariti remanent hypothecata filijs prioris matrimonij, quando mater transiuit ad secundum non reddita ratione administrationis

Bona matris secundo nubentis, & secundi mariti remanere hypothecata filijs prioris matrimonij pro redditione rationum expresè habetur *in l. 2. C. quando mul. tut. offic. fung. potest, & in l. si mater C. in quib. caus. pig. tac. contrah.,* & firmant communiter DD. *Gregorius Lopez in l. 26. in glos. Los de Aquel Spino in suo specul. testam. glos. 29. n. 70., Negusant. de pignor. 2. part. 4. n. 19., Marantus de ord. iudic. 6. part. vlt. art. n. 53., Baecca de decim tut. c. 4. n. 55., Antonius Piaggius de tut., & curat. q. vlt. n. 29.* Sed hæc omnia intelligenda tantum videntur, quando mater ante contractas secundas nuptias administrauit bona filiorum prioris matrimonij, vt tutrix, & postea ad secunda vota transiuit, non reddita ratione administrationis, prout notarunt *Bologninus in d. l. si mater C. in quib. caus. pig. tac. contrah., Boerius ad consuet. Bituricens. tit. de iure person. § fin. col. 2., & in decis. Burdig. 200. n. 2., Baecca de decim. tut. c. 7. sub n. 19. col. 2., Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 9. n. 30.,* & congrua quidem ratione hæc limitatio videtur induci, quandoquidem hoc onus hypothecæ inducitur pro iure, quod possunt habere pupilli ex administratione pręcedenti matris, quod fortè resultare potest ex redditione rationum, sed quando mater non administrauit, nullum ius potest esse in fauorem pupillorum ex primo matrimonio, adeoq; &c.

3 Quid, si mater susceperit tutelã, sed ex incuria nõ administrarit, vel administrauerit, non tamen susceperit.

Sed quid dicendum erit, si mater quidem susceperit tutelam filiorum prioris matrimonij, sed ex incuria eadem non administrauerit, vel non susceperit tutelam, administrauerit tamen, non vt tutrix, sed vt Mater? In hoc præcisè videtur consistere meta dubitandi in præsenti titulo, pro quo

4 Si susceperit non tamen ex incuria administrauerit, eius bona, & secundi mariti remanẽt hypothecata pro non administratis.

Respondeo primo, quod, si susceperit tutelam, & ex incuria non administrauerit, adhuc eius bona, & secundi mariti hypothecata remaneant pro damnis tàm positiuis, quàm negatiuis, quæ irrepserunt pupillis pro non administratis. In hoc consentire videntur, & debent quotquot sustinent tutores teneri etiam pro neglectis *Bartolus, Baldus, & Salicetus in l. pro officio C. de administ. tut., Antonius de Fano de pignor. in 4. memb. secunda part. n. 6., Petrus Surdus in tract. de aliment. art vlt. q. 44. n. 5., & cons. 7. num. 17. lib. 1., Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 2. c. 16.* Ratio ex eo deducitur, quia mater, cæterique tutores post susceptam tutelam tenentur ex proprio munere omnia curare, & actiones exercere, quæ pertinent ad tale munus, arg. textus *in l. sed, & si is §. si impubes ff. de carbon. edict.,* & in toto administrationis negotio tenentur non solum de gestis, sed etiam de neglectis, & omissis, per textum *in l. tres tutores ff. de administ. tut. l. si tibi C. de testam. tut., Socinus Sen. cons. 2. sequendo ordinem nu. 4. lib. 1., Antonius Piaggius de tut., & curat. q. 19. n. 6., Caldas de restit. in integ. in secunda part. num. 7.* Cum igitur mater post susceptam tutelam teneretur administrare eandem tutelam, ac omnia filiorum bo-

Rationes pro hac responsione.

na in eorum vtilitatem, nec id præstiterit, & vtique ex incuria, vt supponitur, non est, cur eius bona non debeant remanere obligata ex defectu circa proprium officium, &, eum secundus maritus eum ea contraxerit, antequam fuerit reddita ratio administrationis debitæ, & non positæ, debet sibi imputare, quod eius etiam bona remaneant hypothecata; vndè merito *in d. l. si mater C. in quib. caus. pig. tac. contrah.* dicitur, quod cauendum sit marito contrahenti eum vidua habēte filios prioris matrimonij, ne eius bona obnoxia remaneant pro iure filiorum, eiusdem vxoris ex primo matrimonio.

5

Si mater non susceperit tutelam, administrauerit tamen, & non reddita ratione trāsierit ad secunda vota, eius bona, & secundi mariti remanent hypothecata.

Respondeo secundo. Si mater non susceperit tutelam, administrauerit tamen bona filiorum prioris matrimonij, & non reddita ratione talis administrationis conuolauerit ad secunda vota, adhuc eius bona, & secundi mariti remanent eisdem filijs prioris matrimonij obligata. In hanc consentire videntur *Glosa in l. pro officio in glos. vlt. C. de administ. tut. per textum in l. dabimus §. 1. ff. de priuil. credit.*, *Socinus cons. 85. viso compromisso col. penult. vol. 1.*, dum dicunt, quod hypotheca legalis non solum extendatur ad bona tutorum, & curatorum, sed etiā ad bona protutorum, quorum nomine veniunt illi, qui administrarunt, licet propriè non essent tutores. Ratio ex eo deducitur, quia non debet esse melioris conditionis ille, qui se intrusit in administratione, quam sit ille, qui legitimè administrauit, sed quando mater legitimè administrauit, vt tutrix, & transiuit ad secunda vota non reddita ratione administrationis, non solum propria bona obligat, sed etiam illa secundi mariti, per textum *in d. l. 2. C. quando mul. tut. offic. fung. pot.*, ergo etiam quando administrauit, non tameu formalitèr vt tutrix, & transiuit ad secunda vota non reddita ratione talis administrationis, obligabit &c.

Rationes pro hac responsione.

§. LXVIII.

An tutori masculo luxuriosè viuenti interdicenda sit administratio tutelæ, & bonorum filiorum impuberum.

SVMMARIVM.

Exponitur quæsiti series. 1.

Rationes suadentes masculo luxuriosè viuenti non esse interdicendam administrationem tutelæ. 2.

Fœmina luxuriosè viuens est interdicenda administratione bonorum suorum, non sic masculus. 3.

Etiam masculus luxuriosè viuens est reijciendus à munere tutelæ. 4.

1 Casus expositus in suis terminis.

Disquisitio LXVIII. Latè in præcedentibus diximus, & præcipuè *sub hoc eod. tit. de tut., & curat. 1. prænot. 14. n. 2., & seqq.*, quod mater inhonestè viuens priuetur tutela filiorum, quod etiam antecedentèr docuerunt *Boerius in consuetud. tit. t. §. 6.*, *Ioannes de Garronibus in rub. C. de secundis nupt. nu. 58., & seqq.*, *Aries Pinellus in l. vlt. num. 18. C. de bon. matern.*, & alij addita etiam ibidem ratione, quod ex illa inhonesta vita possit desumi vehemens præsumptio, quod, sicuti est prodiga sui corporis, sit etiam futura prodiga rerum maximè pupillarium, quarum curam gerit, quod videtur colligi ex textu *in l., & mulieri ff. de curat. furios., & ibi Glosa, & communitèr DD.*, quam etiam rationem comprobauit *Antonius Gomez in l. 14. Tauri num. 13. in vers. eo quod magis est*. Sed, an hæc, quæ dicta fuerunt de matre tutriee inhonestè, & luxuriosè viuente, intelligenda etiam sint de alio tutore masculo, qui inhonestè, & luxuriosè viuat, id est, quod sub præsenti titulo venit examinandum.

2 Rationes suadentes masculo luxuriosè viuenti nō esse interdicendū administrationē tutelæ.

Et quidem non eodem modo philosophandum esse de Matre, ac de masculis luxuriosè viuentibus videtur à paritate deduci, nam, sicuti, licet Mater transiens ad secunda vota amittit tutelam, & ad administrationem filiorum, non tamen eandem amittit Pater ad secunda vota conuolans per ea, quæ docent *Ioannes de Immola in l. ex facto ff. de vulg. & pupil. substit.*, *Phylippus Corneus in l. iubemus n. 4. C. ad Trebel.*, *Boerius decis. 266. num. 2.*, *Baccea de decim. tut. c. 4. num. 51.*, ita licet Mater inhonestè viuens amittat tutelam, & administrationem, non tamen masculus videtur eandem amittere; atque in hunc modum videntur nonnulli argumentari apud *Ioannem Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 9. num. 22. & 23.*, qui etiam rationem diuersitatis in eo cognoscunt, quia animus viri præsumitur fortior, & constantior.

3 Fœmina luxuriosè viuens est interdicenda administratione bonorum suorum, non sic masculus.

Hoc vnum certum videtur, quod in ordine ad propria bona, licet fœmina luxuriosè viuens sit interdicenda administratione, non tamen masculus videatur interdicendus suorum administratione, prout signanter docent *Speculator in tit. de Actor. col. 5. in vers. sed vtrum masculo num. 12. & ibi Ioannes Andreas in addit.*, *Aries Pinellus in l. fin. num. 20. ff. de bon.*

bon. matern., addita ratione, quia masculus fortior est, & constantior, nec tàm ardet stimulis, & concupiscentia carnis, sicuti fæmina. Sed quid erit sentiendum, si masculus fuerit tutor, & administrator bonorum aliorum pupillorum, an, si luxuriosè vixerit, erit à tutela, & administratione tanquam suspectus reiciendus?

Respondeo, probabilius reijciendum esse. In hanc responsionem videtur expressè propendere Ioannes *Gutierez de tut. & curat. parte prima c. 9. num. 25.*, dum limitans communem sententiam asserentem, quòd licet fæmina luxuriosè, & inhonestè viuens interdicatur administratione bonorum, non sic masculus luxuriosus, dicit, quod illa intelligēda sint quoad masculum in ordine ad administrationem propriorum bonorum, qua certè non est priuandus, non in ordine ad administrationem bonorum alienorum, & præcipuè pupillorum, qua videtur priuandus, si luxuriosè vixerit; hocque probat per textum *in l. fin. §. minores C. de sent. pas.* vbi sic legitur. *Nam si patria potestate ad corrumpendi atque effundendi patrimonij licentiam abuteretur, vt furioso, dementi, item prodigo, libidinum, omniumque vitiorum seruo non est eorum pecunia committenda*, quæ procedunt in ordine ad Patrem, qui licet sit legitimus administrator bonorum filiorum suorū, attamen propter luxuriosam, & inhonestam vitam interdicitur administratione bonorum eorundem filiorum; ex quibus infero, ergo, si Pater non obstante patria potestate interdicitur administratione bonorum filiorum suorum ob turpem, & inhonestam vitam, etiam erit interdicendus tutor, quinimmò à fortiori, administratione bonorum pupillorum; tum quia maior videtur potestas Patris in ordine ad bona filiorū, quam tutoris in ordine ad illa pupillorum, cum Pater gaudeat vsufructu in bonis filiorum, quæ administrat, non sic tutor in bonis pupillorum; tum quia maior supponitur affectio in Patre erga filios, quam in tutoribus erga pupillos; atque quoad hoc considerari potest ratio, quæ fuit in præcedentibus ponderata, nempe præsumptionis, quòd sit bona pupillorum profusurus in Amasias, & meretrices, atque in hanc sententiam satis communiter propendent scribentes *in d. l. fin. §. minores C. de sent. pas.*, & *Antonius Gomez in l. 14. Tauri num. 14. Ibi nec obstat textus*. Quod, si alij magis communiter dicant, quod masculus propter luxuriosam vitam non sit interdicendus administratione bonorum, hoc est intelligendum, vt notat *d. Gutierez loco cit.* in ordine ad bona propria, non in ordine ad bona aliorum.

4 Etiam masculus luxuriosè viuens est reijciendus à munere tutelæ.

Rationes pro eadem responsione, seu resolutione.

5 Solutio argumēti contrarij.

---

§. LXIX.

Cuinam deferenda sit tutela Matre luxuriosè viuente.

SVMMARIVM.

Sensus disquisitionis explanatus. 1.
Sententia Gutierez asserentis in hac hypothesi tutelā deferendū esse tutori datiuo. 2.
Exponitur distinctio alibi posita. 3.
Siue Mater prius susceperit tutelam, siue non susceperit aperitur locus legitimo, non datiuo. 4.
Mater transiens ad secunda vota non petito tutore desinit ipso iure esse tutrix, & datur locus legitimo. 5.
Superueniente impedimento perpetuo datur locus legitimo. 6.
Soluuntur rationes contrariæ sententiæ. 7.

Disquisitio LXIX. A matre luxuriosè viuente auferendam esse tutelam filiorum iam satis, superque constat tùm ex mox dictis, tùm ex dictis *sub hoc eodem tit. de Tut. & Curat. I. prænot. 14. ferè per totum*, & per consequens videtur dicendum, quod, si luxuriosè, & inhonestè viuat, antequam tutelam suscipiat, non sit eidem eadem tutela conferenda, sed tanquam suspecta, & prodiga reijcienda; si etenim luxuriosa vita est sufficiens ratio, vt tutela priuetur, erit etiam, quinimmo à fortiori sufficiens, vt eadem tutela ipsi non conferatur, quia facilius quis retinet, quæ possidet, quam acquirat, quæ non possidet, ac plura requiruntur ad eijciendum possessorem, & requirantur ad impediendam possessionem. Hoc iam supposito occurrit modo dubitandum, cuinam Matre luxuriosè viuente sit tutela conferenda, an tutori legitimo, an verò datiuo?

1 In quo consistat status præsentis quæsiti.

Ioannes *Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 9. num. 20.* nulla facta distinctione, an Mater tutelam susceperit, antequam vitam inhonestam ageret, an verò prius inhonestam vitam incæperit ante susceptionem, adeoque nulla facta mentione agatur de tutela tollenda, postquā accepta est, vel de non conferenda, si nondum fuerit collata, expressè asserit, datiuo tutori conferendam esse ad instar eius, qui in locum suspecti, vel remoti substituitur, seu datur *arg. l. si quis sub conditione ff. de testam. tut.* Sed iuxta hunc

2 Sententia Gutierez asserentis tutelam deferendam esse tutori datiuo.

sensum videtur tantum loqui, quando Mater iam tutelam suscepit, & est tanquam suspecta remouenda, dum dicit, quod hic tutor dandus sit ad instar eius, qui datur in locum suspecti, & remoti, remotus enim, & suspectus videtur prius tutelam habuisse, à qua sit remouendus, & sic priuatio supponit habitum; Sed quia subdit, quod tutor datiuus constituendus sit præcipuè, cum mater transiens ad secunda vota debeat tutorem petere *ex in auth. de nuptijs §. si autem tutelam collat. 4. & in l. omnem C. ad Tertul.*, sicque sit in arbitrio Iudicis dare, quem magis expedire iudicauerit; quod æquè videtur posse esse, siue susceperit prius tutelam, siue non susceperit, ideo in vtroque casu videtur tantum esse locum datiuo.

3 Exponitur distinctio alibi posita. Nihilominus, quia nos *sub hoc eod. tit. de tut. & curat. 1. prænot. 18. num. 11. & 12.* loquentes de Matre ad secunda vota transitura, quæ petit filijs dari tutorem, diximus, quod, si post susceptam tutelam hæc præstet, detur locus datiuo, secus autem, si nondum tutelam susceperit, quia tunc aperitur locus legitimo per rationes, quas ibidem adduximus, videtur etiam in hac hypothesi Matris luxuriose, & inhonestè viuentis sub eadem ratione, & distinctione procedendum, adeout, si prius tutelam susceperit, & postea inhonestè vixerit, aperiatur locus datiuo, si verò inhonestè cœperit viuere, & adhuc ei tutela non sit collata, locus aperiatur legitimo. Quid iam in hac controuersia sentiendum?

4 Siue Mater prius susceperit tutelam, siue non susceperit aperitur locus legitimo, non datiuo. Respondeo, in hac hypothesi, sinè mater prius susceperit, siue non susceperit tutelam, aperiri locum legitimo, non datiuo. Pro cuius responsionis probatione considero ea, quæ dicta sunt *d. prænot. 18. num. 11. & 12.* nempè, quod, quando Mater, quæ prius suscepit tutelam, transitura est ad secundas nuptias, & ad hoc petit Iudicem, vt de alio tutore prouideat, non intelligatur tunc, quando adit Iudicem, desijsse esse tutrix, sed in eadem tutela adhuc perseueret; vnde in hoc videtur subingredi dispositio textus *ind. l. si quis sub conditione ff. de testam. tut.* nempe, quod, quousque perseuerat vel testamentaria tutela, vel anamola matris, non sit locus legitimo, sed datiuo; sed hæc locum nequeunt habere, quando mater etiam post susceptam tutelam non petito tutore transijt ad secunda vota, & multo minus, quando luxuriosè, & inhonestè cœpit viuere, quandoquidem tunc ipso iure priuata intelligitur tutela, vnde non potest dici, quod in eadem perseueret, sicuti perseuerat, quando transitura ad secundas nuptias adit Iudicem, & ab eodem petit alium tutorem dari filijs, ergo non est, cur tunc non debeat aperiri locus legitimo; & hæc conferunt ad probandum, quod locus sit legitimo per luxuriosam matris vitam, quantumuis hæc susceperit ante tutelam. Quod verò, si non susceperit adhuc, & luxuriosè viuat, seu cœperit viuere, etiam detur locus legitimo, non datiuo deducitur *arg. textus in l. 2. ff. qui petant tut.*, & in hoc consentit *Bartolus in auth. Sacramentum C. quand. mul. tut. offic. fung. pot. & in l. si quis sub conditione n. 27. ff. de testam. tut.*, qui, quamuis loquatur in terminis matris, quæ non suscepit tutelam, sed transitura ad secundas nuptias petit à Iudice tutorem, in quo casu asserit, quod detur locus legitimo, attamen aptari potest eius opinio terminis præsentis responsionis, cum militet eadem ratio, quia in tantum, quando mater non suscepit tutelam, & transitura est ad secundas nuptias per eundem Bartolum datur locus legitimo, & non datiuo, in quantum non potest dici, quod ille tutor subrogetur loco Matris, cum etenim Mater tutelam non susceperit, non potest ille, qui decernitur, dici implere eius locum, sed hæc eidem ratio militat etiam quoad Matrem luxuriosè viuentem, quæ tutelam non suscepit, vt ex se patet, ergo &c. Rationes pro hac responsione.

Confirmatur primo, quia, si Mater, quæ tutelam susceperat filiorum, transierit ad secunda vota non petito filijs alio tutore, tunc aperitur locus legitimo, non datiuo, vt firmant *Baldus in d. auth. Sacramentum col. 1. & ibi Salicetus C. quand. mul. tut. offic. fung. pot.*, *Paulus de Castro cons. 127. ex capite num. 2.*, *Hieronimus Gabriel cons. 7. num. 1.*, *Antonius Gorgius de tut. & curat. q. 9. num. 9. & seqq.*, addita etiam ratione, quia tunc mater ipso iure & definit esse tutrix, nec tunc potest dici, quod Iudex transferat in locum Matris alium tutorem, cum Mater eo temporis tutelam non habuerit, ergo etiam si mater, quæ filiorum tutelam suscepit, luxuriosè cœperit viuere, tunc aperietur locus legitimo, quandoquidem per luxuriosam illam vitam decidit à munere tutelæ. 5 Mater transiens ad secunda vota non petito tutore definit ipso facto esse tutrix, & succedit legitimus

Confirmatur secundo ex ijs etiam, quæ in præcedentibus docuimus, nempe, quod, si tutori præexistenti superueniat impedimentum temporaneum, aperiatur locus datiuo, si verò superueniat impedimentum perpetuum, detur locus legitimo per ea, quæ docent *Gratianus discept. for. c. 63. per totum*, *Montanus de tut. & curat. c. 13. & 14.*, *Marcus Antonius Sabellius* 6 Superueniente impedimento perpetuo datur locus legitimo.

in

in summa diuers. tract. in verb. tutor num. 9. vers. quod tutori datiuo, & nos etiam tradidimus *sub hoc eod. tit. d. prænot. 18. n. 5.*; sed in hac hypothesi matris luxuriosè viuentis intelligitur superuenire impedimentum iuris perpetuum, quandoquidem à iure Mater absolutè priuatur tutela, non ad tempus, ergo &c.

Nec obstant ea, quæ ex Gutierez supra afferebantur, quandoquidem ea procedunt, vel quando impedimentum, 7 seu causa, ob quod, seu quam quis est remotus, est temporale, non perpetuum, vel quando Mater, quæ susceperat tutelam transitura ad secundas nuptias petijt à Iudice tutorem, quæ nequeunt habere locum in casu Matris luxuriosè viuentis.

Soluuntur rationes contrariæ sententiæ.

---

§. LXX.

An per testatorem possit committi electio tutoris Matri, vel alteri mulieri.

SVMMARIVM.

Quæsiti sensus sub suis terminis. 1.
Considerationes circa quæsitum. 2.
Rationes suadentes nec Matrem, nec alias fæminas posse eligere tutorem filijs suis, vel alienis. 3.
Dispositio testatoris referentis electionem tutoris filiorum suorum in voluntatem Matris non tenet. 4.
Si fieret electio à Matre simpliciter non teneret. 5.
Si testator dixerit in testamento, se mentem suam explicasse vxori suæ, eiusque dicto, standum, certè teneret illa datio. 6.

Disquisitio LXX. Titius in suo vltimo testamento non constituit propriè tutorem filijs suis impuberibus, sed 1 illius electionem retulit ad Matris, vel alterius nominationem asserens, quod ille sit tutor, quem Mater filiorum, vel alia mulier ab ipso nominata nominauerit. Quæsitum hic fuit, an talis dispositio testatoris teneat, & tutor ab eadem Matre, vel ab alia muliere nominatus subsistat?

Facti series exposita.

2 In hoc considerandum venit, an testator præcise dixerit, quod ille sit tutor, quem mater, vel alia mulier nominauerit; an verò dixerit, quod ipse mentem suam aperuerit vxori, vel alteri mulieri circa personam eligendam in tutorem filiorum suorum, & quod ille haberi debeat vt tutor, quem mater, vel alia mulier iuxta mentem suam declarauerit; ex hac etenim diuersa consideratione oriri possunt diuersæ rationes decidendi, nam in primo casu, seu iuxta primum sensum electio ipsa proueniret a Matre, vel illa muliere, quam testator destinauit ad eligendum; in secundo verò, seu iuxta secundum sensum electio esset à testatore, & solum declaratio mentis eiusdem testatoris esset à Matre, vel illa fæmina.

Considerationes circa quæsitum.

In vniuersum, quod Mater, nec alia fæmina possit, & valeat tutorem eligere filijs suis, seu alienis colligunt communiter scribentes *ex l. fin. in fin. ff. qui pet. tut.*, quandoquidem non supponitur in 3 fæminis aptum iudicium ad discernendam aptitudinem, & idoneitatem eligendi. Ibi, *& ideo nec iudicium eius sufficit ad eligendos tutores*; vnde etiam si Mater filios suos hæredes instituerit, eisque in testamento tutorem dederit, eius datio non tenet, nisi accesserit Iudicis confirmatio, & inquisitio. Ibi, *sed inquisitio fit, etiam si mater in propria bona liberis suis testamento tutores dederit*. Quamobrem

Rationes suadentes, fæminas non posse eligere, siue proprijs filijs, siue alienis tutores.

Respondeo primo, dispositio testatoris referentis electionem tutoris propriorum filiorum in voluntatem Matris, vel 4 alterius fæminæ, seu nominationem eiusdem præcisè non tenet *Berous q. 67.*, *Cumanus lib. 2. c. 4. num. 7.*, *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 8. num. 3.* Ratio ex eo deducitur, quia in Matre, cæterisque fæminis non supponitur perpensum iudicium, & tanta maturitas, quantum, seu quanta requiritur ad eligendos aptos, & idoneos tutores, vt considerauit textus *in d. l. fin. in fin. ff. qui pet. tut.*, ex qua causa iura prohibent, ne mulieres tutelas gerere possint, vt *in l. 1. C. quand. mul. tut. offic. fung. pot. & l. tut. & l. vltima ff. de tutel., & l. iure nostro ff. de testam. tut., & l. scire in princip. ff. de tut. & curat. dat. ab. his*, *alijsque concordantibus iuribus*, & licet iure nouissimo Mater, & Auia admittantur ad tutelas filiorum, & respectiuè nepotum per textum *in auth. Matri, & Auia C. quand. mul. tut. offic. fung. pot.*, hoc est ex speciali priuilegio personarum, quod tamen non extenditur ad potestatem eligendi alios tutores, nam licet iuxta superius dicta mater instituens filios hæredes possit eisdem tutores constituere, necesse tamen est, vt tutor sic datus à Iudice confirmetur cum diligenti inquisitione, qua ratione iuxta superius dicta potius dicendus est datiuus, quam testamentarius.

Dispositio testatoris referentis electionem tutoris propriorum filiorum in nominationem, seu voluntatem matris non tenet.

Rationes pro resolutione.

Sed hic oritur difficultas, an, si iuxta dispositionem testatoris referentis electionem

5

Si fieret electio à Matre simpliciter non teneret.

tionem tutoris in voluntatem Matris, vel alterius fæminæ ipsa Mater, vel alia fæmina nominata ab ipso tutorem elegerit, talis electio intelligatur simpliciter nulla, an solummodo talis, vt indigeat inquisitione, & accedente eadem inquisitione fiat valida, & sine ipsa exerceri non valeat. Absolutè crediderim, non tenere talem electionem, quandoquidem etiam respectu Matris non tenet datio tutoris in ordine ad proprios filios, nisi eosdem hæredes instituat per superius allegata iura, & docent in specie *Angelus Aretinus in tract. de testam. verb. tutores autem., Marianus Socin. conf. 59. num. 29. lib. 3., Decius in l. quo tutela num. 2. ff. de reg. iur., Montanus de tut. & curat. c. 8. num. 38. & c. 24. n. 18., Sanfelicius decis. 205. num. 3.*, in hac autem hypothesi, nec Mater, nec alia mulier supponitur filios instituisse hæredes, adeoque &c.

Nec obstare potest, quod illa dispositio testatoris referentis electionem in voluntatem Matris, seu alterius fæminæ vim aliquam conferat, & quoquo modo æquiualeat institutioni, si fieret vel per Matrem, vel per illam aliam fæminam a testatore nominatam; nam ipse Pater instituendo filios, & referendo electionem tutoris in Matrem, seu aliam fæminam videtur easdem constituisse vigore institutionis suæ voluntatis interpretes. Non, inquam, obstare potest, quia, cum iura absolutè prohibeant fæminis constituere tutores filijs, quos hæredes non instituerint, non potest testator hanc facultatem constituendi, seu eligendi illis concedere, cum non possit habilitare, quos iura inhabiles constituunt; nec verum est, quod dicitur, quod illa dispositio testatoris relata in voluntatem Matris, seu alterius fæminæ æquiualeat institutioni, si fieret per eandem Matrem, vel fæminam; cum ad hoc illa institutio non sit relata, nec sit institutio eius, in cuius electionem posita est illa dispositio.

Soluitur instantia opposita.

6

Si testator dixerit se explicasse mentem suam matri circa tutorem, eiusque dicto standum esse, certè teneret datio.

Respondeo secundo: Si testator dixerit in testamento, quod suam mentem expressè declarauerit vxori suæ, vel alteri fæminæ circa tutorem, & quod illarum dicto standum sit circa tutorem ab eisdem nominandum, certè tutor sic à Matre, vel ab alia fæmina nominatus ad mentem eiusdem testatoris subsistet. Non diu immorandum in probatione præsentis responsionis, cum de illa actum fuerit supra *sub hoc eodem tit. de tut. & curat. Disq. II. §. 60.*, & eandem sustinent *Phylippus Corneus conf. 210. repetito diuino nomine num. 2. lib. 3., Antonius Piaggius de tut. & curat. q. 3. num. 47., Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 10. n. 9.*; & in hoc casu electio non prouenit vel à Matre, vel à fæmina nominante, sed ab ipso testatore, qui retulit declarationem suæ mentis in vxorem, vel illam fæminam.

Sed, an in hac hypothesi tutor sic declaratus iuxta mentem testatoris, vel ab vxore, vel ab illa fæmina indigeat Iudicis confirmatione? Dictum fuit indigere *d. §. 60. in responsione secunda*; vbi rationes talis resolutionis adduximus.

---

§. LXXI.

An dispositio testatoris, vt tutor per eum datus teneatur sequi in administratione tutelæ consilium mulieris, subsistat.

SVMMARIVM.

Series disquisitionis exposita. 1.
Sententia Gutierez asserentis valere præceptum, vt tutela de consilio mulieris administretur. 2.
Sed hæc opinio nudè sumpta reijcitur. 3.
Difficultas est, an illud præceptum obliget ad sequendum consilium. 4.
Illud præceptum resoluitur in vim simplicis voluntatis obligantis solum ex honestate. 5.
Soluitur obiectum oppositum. 6.

Disquisitio LXXI. Ex suppositione, quod non teneat dispositio testatoris referentis electionem tutoris pro filijs suis in voluntatem mulieris, prout in præcedenti paragrapho probauimus; oritur difficultas, an saltem subsistat dispositio eiusdem testatoris, qua statuit, vt tutor per ipsum electus teneatur in administratione tutelæ sequi consilium Matris eorundem filiorum, seu alterius fæminæ, cuius fiduciæ multum deferebat ipse testator?

1 Exponitur dilucidè titulus.

Ioannes *Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 8. nu. 4., & 5.* sustinet valere præceptum, vt tutela de consilio mulieris administretur, atque pro hac sua opinione allegat textum *in l. quidam decedens §. 1. ff. de administ. tut.*, vbi dicitur, quod, si tutor iubeatur gerere de consilio eius, qui non potest esse particeps officij, de honestate illud requirat, sed non teneatur sequi, additque rationem, quia natura consilij ea est, vt sequendum necessario nō sit per textum *in l. cum pater §. mando, & ibi Bartolus ff. de legat. 2., & c. cum olim de arbitr.* Sed in hoc aduertendum crederem,

2 Sententia docens valere præceptum, vt tutelam administretur de consilio mulieris.

quod

quod aliud est, quod consilium ex genere suo, si secundum se consideretur, non

3 Sed hæc opinio nudè sumpta reijcitur.

sit necessario sequendum, aliud est, quod non sit sequendum ex necessitate, quando adest præceptum de illo consilio sequendo, vnde tota vis difficultatis præsentis consistet in decernendo, an præceptum illud testatoris obliget ad exequendum consilium, an vero non obliget; & quidem, si non obligat, prout videtur euinci ex allegato textu *in d. l. Quidem decedens* §. 1. *ff. de administ. tut.*, non videtur tenere saltem in vim præcepti, de cuius natura est obligare, sed ad summum resolui in conditionem consilij; si

4 Difficultas est, an illud præceptum obliget ad sequendum consilium.

vero obligat, non erit, cur ille, ad quem dirigitur illud præceptum, non teneatur consilium illud sequi, cum adimplementum talis consilij cadat sub præcepto; vndè quoad hoc crederem, non congruenter loqui *Gutierez loc. cit.* dum ex vno capite dicit præceptum illud tenere, ex alio asserit, tutorem non teneri sequi illud consilium; nec textus *in d. l. Quidam decedens*, ipsum eximit ab inconsequentia, quandoquidem textus solum dicit, quod mandatum patris de gerenda tutela iuxta consilium matris non lædat integrum officium tutorum, quamuis congruum sit salubre consilium matris admittere, non autem dicit, quod illud mandatum patris in vim mādati teneat. Quamobrem

5 Illud præceptū testatoris non tenet in vim præcepti, sed resoluitur in vim simplicis voluntatis obligantis solum ex honestate.

Respondeo, illud præceptum testatoris non tenere in vim præcepti, sed resolui in vim simplicis voluntatis exhortatiuæ obligantis ad summum ex quadam honestate, non vim inferentis. Ratio ex eo deducitur, quia præceptum, qua tale est, ex genere suo obligat ad obseruantiam rei præceptæ, vt est in confesso apud omnes, & per hoc contradistinguitur à consilio, sed præceptum illud testatoris, de quo hic loquimur, non obligat ad sequendum consilium matris in ijs, quæ pertinent ad administrationem tutelæ, prout manifestè deducitur *ex d. l. quidem decedens* §. 1. *ff. de administ. tut.*, ergo non tenet in vim præcepti. Hoc etiam euinci potest ex ijs, quæ in eodem textu *l. quidam decedens circa finem d.* §. 1. dicuntur nempè, quod tutoribus a patre datis licitum sit præceptum eiusdem patris negligere.

6 Soluitur obiectum oppositū.

Neque obesse possunt ea, quæ habentur *in l. Titium, & Meuiam ff. de administ. tut.*, vbi, cum testator disposuisset, quod Titius omnia ageret cum consilio Meuij fratris sui, eumq., aliqua sine tali consilio egisset, dicta sunt, sic gesta nulla esse. Non, inquam, obesse possunt, quia hæc, quæ dicuntur in hoc textu rectè procedunt, quia hic erat sermo de Meuio fratre testatoris, qui simul datus fuerat Tutor cum Titio, quique poterat esse consiliarius, vt notat *Glosa in d. l. quidam decedens verb. integrum ff. de administ. tut.*, quod non verificatur in ordine ad fæminam iuxta textum *in l. iure nostro ff. de testam. tut.*

---

§. LXXII.

An Mater, & Auia possint dari tutrices per Iudicem, adeoq; esse simpliciter tutrices datiuæ.

SVMMARIVM.

Sensus quæsiti in suis terminis expositus. 1.
Cæteræ fæminæ à Matre, & Auia non possunt esse tutrices. 2.
Sententia asserens Matrem, & Auiam non posse esse tutrices datiuas. 3.
Contraria sententia asserens posse esse. 4.
Probabilius possunt per Iudicem constitui tutrices. 5.
Possunt etiam constitui tutrices per testamentum. 6.
Arguitur Gutierez inconsequentia. 7.

Disquisitio LXXII. Matrem, & Auiā posse esse tutrices filiorum, & respectiuè nepotum suorum, si non adsint 1

1 Sensus quæsiti exponitur.

tutores testamentarij, adeout ipsæ præferantur alijs tutoribus legitimis proximioribus in gradu, latè dictum est in præcedentibus, per textum *in auth. Matri, & Auiæ C. quand. mul. tut. offic. fung. potest, & ex auth., vt liceat matri, & auiæ*, vndè illa desumpta est. Rursus cæteras fæminas non posse esse tutrices, nec testamentarias, nec legitimas, nec datiuas clarissimè liquet *ex l. 1. C. quand. mul. tut. offic. fung. pot., & l. tutela, & l. vltima ff. de tut., & l. iure nostro ff. de testam. tut., & l. scire in princip. ff. de tut., & curat. dat. ab his*, & deducitur etiam, *& l. 2. ff. de reg. iur., & l. Atletæ §. tutela ibi, sed ciuili ff. de excus. tut.* Modo supposito, quod

2 Cæteræ fæminæ ab auia, & matre non possūt esse tutrices.

mater, & auia tempore præfinito non susceperint tutelam, & quod aperta fuerit via tutoribus datiuis, cum nec testamentarij, nec legitimi existant, inquirimus, an eadem Mater, & Auia per Iudicem possint constitui tutrices datiuæ?

3 Sententia asserens matrem, & auiam non posse esse tutrices datiuas.

Paulus *de Castro cons. 413. incip. visa d. casu num. 2. lib. 2., Antonius Piaggius de tut., & curat. q. 18. num. 4., Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 8. num. 61.* expresè asserunt, per Iudicem non posse

dari

dari matrem, & auiam tutrices filiorum, & respectiue nepotum suorum, eo quia, cum non veniant, prout dantur à Iudice, vt mater, & auia, quia, vt tales sunt legitimæ tutrices, non datiuæ, sed veniant tanquam extraneæ, proinde sub tali ratione non sunt capaces tutelæ per supra enunciata iura, cum tutela sit virile officium, per textum *in l. tutela plerumque ff. de tutel.*, *& l. fœminæ ff. de reg. iur.*

4 Contraria sententia asserens posse esse. Ex aduerso, cum fundamentum, ob quod iura concedunt matribus, & Auijs posse tutelas filiorum, & respectiuè nepotum assumere, sit specialis affectio, & naturalis propensio, quæ in eisdem supponitur erga eosdem filios, & nepotes, quæque affectio, & propensio vtpotè naturales qualitates præsumuntur perseuerare in eisdem Matre, & Auia, quantumuis tempore à iure constituto tutelam non assumpserint, videtur extante, seu perseuerante fundamento concessionis esse locus, vt à Iudice possit eisdem tutela per decretum demandari; sublata etenim semel ineptitudine, & perseuerante qualitate, ob quam sublata est, videtur esse liberum posse eisdem munus conferri, cum nihil sit, quod possit obstere. Accedit, quod habilis factus à lege ad aliquod speciale munus, potest illud munus a Iudice etiam recipere, cum supposita habilitate parum curandum sit, an illud munus habeat, vel a lege, vel à Iudice. Quid iam in hac controuersia concludendum?

5 Probabilius possunt per Iudicem constitui tutrices. Respondeo probabilius esse, posse etiam per Iudicem constitui tutrices. Rationem huius responsionis ex eo desumo, quia, si quæ ratio obstaret, quominus mater, & auia possent per Iudicem tutrices constitui, ea esset, quia munus tutelæ virile est, per textum *in l. tutela plerumque ff. de tutel.*, *& l. fœmina ff. de reg. iur.*, & solum matri, & auiæ ex speciali priuilegio conceditur esse tutrices, quatenus concurrunt, vt mater, & auia formalitèr, sub qua qualitate non concurrunt, quando dantur à Iudice præcisè, quia tunc veniunt, vt extraneæ, & vt mater, & auia formalitèr solum sunt tutrices legitimæ; sed hæc ratio nullo modo subsistit, quandoquidem etiam per testatorem possunt constitui tutrices testamentariæ, per ea, quæ in præcedentibus docuimus *sub hoc cod. tit. de tut., & curat. 1. prænot. 5. n. 22.*, *& prænot. 6. nu. 7.*, *& nu. 18.*, & docent etiam *Barbatius conf. 11. num. 11. lib. 3.*, *Montanus de tut., & curat. c. 9. n. 7.*, *& c. 15. nu. 32.*, *Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. mater n. 6.*;

6 Possunt etiã constitui tutrices per testamentum. Nec obstare posse videtur textus *in l. iure nostro ff. de testam. tut.*, vbi dicitur, quod mater non possit testamento dari tutrix filijs communibus, nec à Iudice confirmari, ex quibus a fortiori deducitur, quod multo minus ab eodem Iudice dari potest tutrix. Non, inquam, obstare potest, quia, vt diximus *d. prænot. 6. n. 18.* dictus textus *in l. iure nostro*, intelligitur correctus per textum *in d. auth. matri, & auiæ C. quand. mul. tut. offic. fung. pot.* per illa verba. *Defuncti autem voluntatem præponi volumus; præter has autem alijs mulieribus interdicimus officium tutelæ subire*, prout notauit *Glosa ibidem in verb. testamentarij*; & sic non est, cur per Iudicem etiam non possint constitui; dato etenim semel, quod possint mater, & auia tutores constitui per aliam dispositionem, quam a iure, non video, cur etiam non possint à Iudice constitui, & si à testatore, cur non etiam à Iudice?

Ex quibus non video, qua consequẽtia in hoc procedat *Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. d. c. 8.* dum *num. 71.* expressè docet, quod mater non possit à Iudice tutrix constitui, quod etiam affirmat de Auia, eo quia, prout dantur à Iudice, non veniant formalitèr, vt mater, & Auia, sed vt extraneæ, & antecedentèr dixerat *nu. 55*, quod non est dubitandũ, quod mater possit dari tutrix, & curatrix in testamento? Siue etenim datur à testatore, siue a Iudice non datur formalitèr, vt mater, sed vt extranea, & si dicatur, quod detur, vt extranea, quando datur a Iudice, cur talis dici non debebit, quando datur à testatore? 7 Arguitur Gutierez in consequentiæ.

§. LXXIII.

An tutor datus à Patre in testamento imperfecto inter liberos indigeat confirmatione.

SVMMARIVM.

Exponitur sensus quæsiti. 1.
Ex quibus causis testamentum possit dici minus perfectum. 2.
Si testamentum fuerit imperfectum ex causa præteritionis, vel exhæredationis, tutor in eo datus non indiget confirmatione. 3.
Intellige etiam quoad matrem, si data fuerit tutrix in testamento minus perfecto. 4.
Si testamentum fuerit minus perfectum ratione solemnitatum, & in eo datus fuerit vnus ex filijs, qui sit maior, tutor, hic non indiget confirmatione. 5.
Si mater, & auia fuerint datæ in testamento minus perfecto non indigent confirmatione. 6.

Quam-

Quamuis illud testamentum quoad tutores, non sit inter liberos, est tamen inter personas coniunctas. 7.

Si testamentum fuerit imperfectum, in quo liberi sunt instituti, & scriptus tutor extraneus, hic indiget confirmatione. 8.

Quomodo testamentum possit esse perfectum, & imperfectum. 9.

Munus tutelare licet secundum se sit onerosum, est tamen quoquo modo honorificum. 10.

Soluuntur argumenta contraria. 11.

1 Status quæstionis exponitur.

Disquisitio LXXIII. Tutores datos à patre in testamento minus perfecto, & minus solemni regularitèr indigere iudicis confirmatione latè dictum est sparsim in præcedentibus. Sed, an hoc etiam intelligendum sit de tutoribus datis in testamento minus perfecto inter liberos id est, quod venit sub præsenti paragrapho discutiendum.

2 Testamētum ex qua causa possit dici minus perfectum.

Pro clariori intelligentia plura veniunt circa hunc titulum consideranda, & primo ex qua causa testamentum illud intelligatur minus perfectum? potest enim esse tale, vel ex causa præteritionis, seu exhæredationis, vel ex defectu solemnitatum; secundo, quinam tutor in illo testamento imperfecto fuerit constitutus, an scilicet mater, vel auia, an frater maior respectu fratrum impuberum, vel extraneus? Quibus positis

3 Si testamentum fuerit nullum ex causa prę teritionis, vel exhæredationis tutor in eo datus non indiget confirmatione.

Respondeo primo. Si testamentum sit imperfectum, seu potius nullum ex causa præteritionis, seu exhæredationis, tunc tutor in eodem datus non indiget confirmatione per ea, quæ notat *Ioannes Gutierez. de tut., & curat. part. 1. c. 8. n. 56.* Hoc videtur expresè colligi ex textu *in auth. ex causa C. de liber. præter., & exhæred.* vbi, licet dicatur, quod testamentum ex causa exhæredationis, & præteritionis sit irritum quoad institutionem, quoad cætera omnia simplicitèr teneat, & sic etiam quoad dationem tutoris, quæ non venit sub nomine institutionis, nec videtur absurdum, quod in hac hypothesi testator possit dici decessisse testatus quoad quid, & quoad quid intestatus, vt colligitur *ex l. hac consultissima §. ex imperfecto C. de testam.* Neque dicas *ex d. auth. ex causa C. de liber. præter.* colligi quidem tenere talem dationem tutoris, quatenus non est simplicitèr irrita, non colligi tamen, quod non egeat confirmatione, nam etiam in præcedentibus diximus, quod tutor simplicitèr datus in testamento minus solemni teneat, non tamen diximus, quod non egeat confirmatione; contra enim impugnaberis, quia, cum in tali textu dicatur simplicitèr, quod cætera omnia teneant sine vlla limitatione, intelligenda sunt, vt ita valeant, ac, si essent posita in testamento perfecto, & sicuti vt ibi notat Glosa, legata in eodem relicta possunt sine alio peti actione ex testamento, ita, & tutor ex eodem testamento potest dici habere ius, & actionem sine alio.

Proponitur instātia opposita, & dissoluitur.

4 Intellige etiā quoad matrē, si data fuerit tutrix in testamento sic imperfecto.

Atque hæc, quæ dicta sunt de tutore dato simplicitèr in testamento nullo ex causa præteritionis, seu exhæredationis, intelligenda sunt etiam quando data est tutrix mater, vel auia in simili testamento; quod enim non cadit in ordine ad alios tutores non est denegandum in ordine ad matrem, & auiam, vt in similibus argumentatur *Ioannes Gutierez. de tut., & curat. part. 1. c. 8. nu. 55.*

5 Si testamentum fuerit minus perfectum ratione solemnitatum, & vnus ex filijs, qui sit maior in eo datus sit tutor, hic non indiget confirmationem.

Respondeo secundo. Si testamentum fuerit minus perfectum defectu solemnitatum, & fuerit inter liberos, in eoque datus fuerit vnus ex liberis, qui fuerit maior, tutor alijs impuberibus, hic tutor sic datus probabilius non indiget confirmatione *Bartolus in l. hac consultissima §. ex imperfecto C. de testamentis, & in l. qui à Patre n. 2. ff. de confirm. tut., & ibi Albericus col. 1. vers. item oppono, Alexander in d. l. hac consultissima §. ex imperfecto C. de testam., & ibi curatrices iunior. n. 26.,* & in hac etiam parte consentit *Ioannes Gutierez. de tut., & curat. part. 1. c. 8. n. 56.* Expresè videtur deduci *ex d. l. hac consultissima §. ex imperfecto,* vbi testamentum imperfectum defectu solemnitatum inter liberos tantum tenet, nō autem inter extraneos, quod etiam habetur *in l. fin. C. famil. ercisc.,* & sustinet idem Bartolus *in l. si filio §. si quæratur n. 1. ff. de confirm. tut.;* cum igitur tale testamentum inter liberos simplicitèr teneat sic iure disponente perindè, ac, si esset inter alios factum cum omni iuris solemnitate, non est, cur tutor in eodem datus non debeat omni iure subsistere, & non indigeat confirmatione, sicuti non indigeret alius tutor in testamento perfecto, & solemni datus.

6 Si mater, & auia fuerint datæ tutrices in testamento minus perfecto, non indigent confirmatione.

Respondeo tertio. Si testamentum fuerit minus perfectum defectu solemnitatum, & in eo fuerit data mater, vel Auia tutrix filiorum communium, & respectiuè nepotum impuberum probabilius mater, & Auia sic datæ non indigerent confirmatione. Certè in hanc nostram responsionem propendent *Cumanus in d. l. qui à Patre ff. de confirm. tut., Iason in d. l. hac consultissima §. ex imperfecto in fin. C. de testam. Glosa in d. §. ex imperfecto verb. libertas, & alij,* dum volunt, quod, si testamentum imperfectum defectu solemnitatum fuerit inter liberos,

& in eodem datus fuerit tutor extraneus vtique teneat, nec indigeat confirmatione ob fauorem liberorum, & certè, si hoc valet in ordine ad tutorem extraneum, non est, cur iusta ipsorum placitũ non debeat tenere in ordine ad matrem, & auiam datas tutrices in tali testamẽto imperfecto; sed, quia assumptum ipsorum in ordine ad tutorem extraneum forte non valet, vt infra examinabimus, ex eodem non videtur congruè deduci, quod mater, & auia datæ in huiusmodi testamento nõ indigeant confirmatione; vndè ex alio capite deducenda est ratio nostræ responsionis, quæ certè est contrà *Ioannem Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 8. nu. 56. in princip.* Probatur igitur responsio sic. In ordine ad tutelam iura magis fauent matri, & auiæ, quam fratribus, dum in concursu matris, & auiæ cum eisdem fratribus easdem matrem, & auiam præferunt per ea, quæ docent *Cornens cons. 101. lib. 3., Decius in c. ex parte appel., Boerius ad consuetud. Biturir. §. 6. in verb. à sex pera, Gualdus de cautel. vlt. vol. tit. de tut. cautel. 1., Montanus de tut., & curat. c. 15. nu. 38.*, quod espressè colligitur es testu *in d. auth. matri, & auia C. quand. mul. tut. offic. fung. pot.*, & hoc fundatur in specialiori affectione, qua mater, & auia præsumuntur tendere in filios, & respectiuè nepotes, ergo, si fratres maiores in testamento imperfecto à patre dati tutores in ordine ad alios fratres impuberes non indigent confirmatione, nec eadem indigebunt mater, & auia datæ etiam in testamento minus perfecto, quandoquidem, cum iura plus tribuant matri, & auiæ, quam tribuant fratribus, quod concessum intelligitur fratribus, & matri, & auiæ in ordine ad tutelam tributum intelligendum est.

Rationes pro hac responsione.

Neque dicas, hanc dispositionem, quod in testamento etiam minus perfecto defectu solemnitatum frater maior datus tutor cæteris fratribus impuberibus nõ indigeat confirmatione, verificari solum, quia testamentum est inter liberos, seu filios iuxta textum *in d. l. hac consultissima §. ex imperfecto C. de testament.*; quando autem, vel mater, vel auia data est tutrix in testamento minus perfecto, non potest dici, quod testamentum saltem quoad hanc partem dationis tutelæ sit inter liberos, adeoq; &c. Contra enim impugnaberis, quia licet in rigore talis dispositio testamentaria in ordine ad tutelam, quando data est matri, & auiæ, non possit dici esse inter liberos, est tamen inter personas adeo coniunctas, & vtique in vtilitatem eorundem liberorũ, vt videatur sortiri debere eundem effectum, ac, si esset inter liberos, cum quoad hoc militet eadem, quin potius fortior ratio maioris coniunctionis, & intensioris affectionis.

7

Quamuis illud testamentũ quoad tutorem nõ sit inter liberos, est tamen inter personas coniunctas, quæ quoad hoc æquiualent liberis.

Nec textus, quem allegat *Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 8. nu. 56.* nempè *in l. 3. ff. de confirmat. tut.* ad probandum, quod mater, & auia datæ in testamento minus perfecto indigeant cõfirmatione, aliquid aduersus nostram responsionem euincit, quandoquidem textus ille procedit inspecta datione tutoris in genere in testamento imperfecto, qui regularitèr indiget confirmatione; hic autem agitur de limitatione talis regulæ, quando scilicet testamentum est inter liberos, & coniunctos, vt in præsenti hypothesi iuxta dispositionem textus *in d. l. hac consultissima §. ex imperfecto.*

Soluitur argumentum contrarium.

Respondeo quarto. Si testamentum fuerit minus perfectum, & in eo fuerit scriptus tutor estraneus, quantumuis testamentum fuerit inter liberos, probabilius talis tutor indiget confirmatione. *Bartolus in d. l. hac consultissima §. ex imperfecto C. de testament., & in l. qui à Patre n. 2. ff. de confirm. tut., & alij omnes allegati in responsione secunda.* Ratio ex eo deducitur primo, quia semel dato, quod tutor estraneus datus in testamento minus perfecto ratione solemnitatum inter liberos non indigeret confirmatione, actũ esset de regula generali, secundum quã supra statutum est, quod tutor datus a Patre in testamento minus perfecto, minusque solemni indigeat confirmatione, prout signantèr habetur *in l. 3. ff. de confirm. tut.*, si quidem regula illa procedit de testamento patris, in quo instituuntur hæredes filij, quod, si fuerit imperfectũ, indiget tali confirmationis subsidio, quæ regula propterea, si non verificaretur, quando datur tutor extraneus, non video quomodo, & in quo alio casu posset verificari.

8

Si testamentum fuerit imperfectũ, in quo instituuntur liberi, & scriptus tutor extraneus, hic indiget confirmatione.

Secundo, quia licet testamentum illud sit inter liberos quoad institutionem, nõ est tamen inter liberos quoad deputationem actiuam tutoris, ergo, si fuerit imperfectum ratione solemnitatum in ordine ad illum tutorem necessaria erit Iudicis confirmatio.

Rationes pro responsione.

Neque dicas primo, quod eo ipso, quod testamentũ plenè sustinetur quoad institutionem, intelligatur plenè sustineri quoad omnia, siuè accessoria, siuè cõcomitantia contenta in eodem testamento, adeoque non indigere confirmatione quoad eadem in ipso contenta supplente defectum quoad omnia fauore liberorũ; con-

contra enim impugnaberis, quia *in eodem §. ex imperfecto*, dicitur, testamentum tantum valere quoad liberos, non quoad alios, & si fuerit immixta persona extranea quoad illam non tenere, quæ licet verificari tantum videantur quoad

9 institutionem, quando scilicet persona extranea simul instituta est hæres cum liberis; nihilominus ex ijs infertur, quod testamentum non plenè conualidetur quoad omnia in eodem contenta, sed tantum quoad institutionem liberorum, vndè testamentum potest esse perfectum quoad eandem filiorum institutionem, & intelligi imperfectum quoad dationem tutoris, quod esse non potest, nisi quando in testamento imperfecto inter liberos datus est tutor eisdem extraneus. Hoc videtur considerasse *Glosa in d. l. hac consultissima §. ex imperfecto in verb. liberos circa fin. C. de testam.* dum dicit, *vel dic, quod perfectum ibi erat testamentum, sed dicitur imperfectum quoad tutoris dationem.*

Quomodo testamentum possit esse perfectum, & imperfectum.

Neque dicas secundo, dationem tutoris resultare potissimum in fauorem filiorum, & per consequens conualidari plenè, nam quoad ea, quæ concernunt fauorem eorundem filiorum testamentũ imperfectum inter liberos plenum sortitur effectum; nec aliquo modo hoc redundat in vtilitatem tutoris extranei dati, cum respectu eiusdem iuxta ea, quæ dicta sunt *sub hoc eod. tit. de tut., & curat. 1. prænot. 3. num. 9.* tutela est potius onus, quod etiam firmarunt *Glosa in l. vnica C. de in ius voc., Alexander cons. 9. nu. 2. vers. nec obstat lib. 1., & Glosa in l. Gallus §. instituto ff. de lib., & posth.* Cum igitur textus *in d. §. ex imperfecto*, asserat, quod testamentum imperfectum quoad ea, quæ liberorum fauorem concernunt, teneat,

10 non quoad ea, quæ concernunt aliorum vtilitatem, & tutoris datio concernat fauorem pupillorum, non tutoris, sequitur, quod eadem tutoris datio in instrumento imperfecto teneat, sicuti tenet filiorum institutio; Contra enim adhuc impugnaberis, quia, licet munus tutelare sit ex genere suo onerosum, denegari tamen non potest, quin etiam sit honorificum, per textum *in l. testamento Centuria ff. de testam. manum., Bartolus, & Baldus in l. penult. C. de verb. signific., Socinus in l. vtrum §. cum quidem vlt. not. ff. de reb. dub.*, quod etiam considerauit *Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 8. n. 57.*, qui propterea subdit, quod, cum tutela conferat aliquod honoris emolumentum tutori, testamentum quoad illam non perficiatur ex eo, quod fuerit inter liberos, & concludit, hanc Bartoli doctrinam esse de iure communi receptam, quamuis non de iure municipali regnorum hispaniæ.

Munus tutelare licet secundum se sit onerosum, est tamen secundum quid honorificũ.

Quod, si instes, quod dato etiam, quod munus tutelare sit quoquo modo munus honorificum, denegari tamen non possit, quod respectu tutoris dati sit principalitèr onerosum, & pupillis ex genere suo fauorabile, ergo attenta eadem tutela secundum ea, quæ principalitèr importat, non secundum ea, quæ inuoluit minus principalitèr, & secundum 11
quid, intelligi debet penitus reintegrata quantumuis fuerit collata extraneo, ex eo, quod testamentum, in quo data est, fuerit inter liberos, cum omnia, quæ cõcernunt eorum fauorem, plenum consequantur effectum, nec obstat aliquis fauor, qui indè possit contingere tutori sic dato, quia attendendus est maior fauor, & principalius intentus liberorum, qui indè resultat. Si, inquam, hæc instas; statim etiam impugnaberis, quia, licet tutela principalius intelligatur in fauorem pupillorum, quia tamen non est simplicitèr in eorum vtilitatem, sed etiã quoquomodo in fauorem tutoris dati, propriè non cadit, quando tutor extraneus est datus, sub dispositione *d. l. hac consultissima §. ex imperfecto C. de testamentis*, quia, cum hæc lex sit correctoria iuris communis, est strictè interpretanda, quatenus præcisè concernat fauorem pupillorum, non aliorum, vt minus, quam fieri possit, lædat ius commune. Accedit, quod præsumendum est, quod iura etiam in hac hypothesi testamenti imperfecti plus deferant alteri ex liberis, & matri, quam personæ extraneæ, adeoque, si quoad liberos, & matrem ex speciali dispositione *d. l. hac consultissima §. ex imperfecto*, non requirant confirmationem, eandem requirant quoad personam extraneam.

Soluuntur argumenta contraria

§. LXXIV.

An, si Mater transitura ad secundas nuptias petierit filijs tutorem, qui postea fuerit cognitus suspectus, possit eidem coadiutorem nominare.

SVMMARIVM.

Elucidatur titulus in terminis particularibus. 1.

Sententia Gutierez asserentis, Matrem posse tutorem suspectum accusare etiam post secundas nuptias, aliumque nominare. 2.

Si quando mater primo petijt illum tutorem, nouit illum suspectum, non potest postea alium nominare. 3.

Paria sunt tutorem non petere, ac petere non idoneum. 4.

Intellige præcipuè, si aliundè, quam ab ipsa suspicio tutoris iam dati innotuerit. 5.

Si tempore primæ petitionis non nouerit causas suspicionis, quas nouerit post contractas nuptias, & sic accusauerit, poterit coadiutorem nominare. 6.

DIsquisitio LXXIV. Mater, quæ iam susceperat tutelam filiorum suorum impuberum transitura ad secundas nuptias eisdem filijs alium tutorem dati petijt, qui tamen postea fuit suspectus appellatus. Cum ageretur ad consulendum indemnitati pupillorum de sufficiendo tutori sic dato coadiutore, contendebat mater, quantumuis iam ad secunda vota transijsset, eundem coadiutorem nominare, aduersus quam erat exceptio, quod ratione transitus ad secunda vota, sicuti intelligitur ipso iure priuata tutela filiorum primi matrimonij, ita, & intelligatur priuata iure nominandi filijs, vel tutorem simpliciter, vel coadiutorem iam dato; nam, sicuti, si nullo petito tutore ad secundas nuptias conuolasset, non posset amplius tutorem petere, ita, si petito tutore transierit, qui postea suspectus fuerit habitus, non possit eidem coadiutorem nominare, nam ratione transitus ad secunda vota quodcunque ius in filios, quos reliquit, intelligitur amisisse. Quæritur iam quid sit in hac controuersia concludendum?

1 Casus expositus in suis terminis.

Proponit hanc controuersiam *Ioannes Gutierez, de tut. & curat. part. 1. c. 8. nu. 75.* vbi dicit, quod, licet prima facie videatur, quod mater, cum iam intelligatur nupta, non possit nominare, nec petere coadiutorem tutori iam dato, sicuti non potest tutorem petere, si tamen ipsa maternter tutorem iam datum accusauerit, & probauerit tanquam suspectum, possit ei coadiutorem petere, eundemque nominare, quasi quod per ipsam accusationem, & probationem suspicionis in tutore iam dato reassumat ius consulendi filijs per petitionem coadiutoris. Subdit tamen, quod Iudex talem coadiutorem non teneatur admittere, nisi cum ipsum ex inquisitione idoneum iudicauerit.

2 Sententia Gutierez asserentis Matrem etiam post secundas nuptias posse tutorem accusare, aliamque nominare.

Ego in hac facti specie eum distinctione procedendum crederem, vel etenim, quando Mater transitura ad secundas nuptias petijt talem tutorem dari filijs suis nouit suspicionem, cuius causam non nouerit Iudex, qui tunc talem tutorem dedit, vel nec mater ipsa, nec Iudex tunc nouerunt suspicionem illam, quæ postea incipiente apparere mater tutorem sic datum accusauerit, eidemque in filiorum fauorem coadiutorem dari curauerit. Si mater tutorem suspectum scienter nominauerit, & dari petierit, probabilius crederem, non posse coadiutorem eidem petere, potissimum, si aliunde, quam ab ipsa suspicio tutoris iam dati innotuerit, seu innotescere cœperit. Consonat cum ijs, quæ diximus *sub hoc eod. tit. de tut. & curat. t. prænot. 13. nu. 12.* conformiter ad textum *in l. 2. ff. qui pet. tut. vel curat.* vbi, quod mater petens scienter tutorem non idoneum subdatur pœnis, quibus subiacet mater non petens filijs intra præfinita tempora tutorem; & congrua quidem ratione hoc decernitur, quandoquidem paria in iure videntur non petere tutorem, ac petere, sed non idoneum, quin potius suspectum, sed mater conuolans ad secunda vota, & non petens tutorem filijs non potest amplius eisdem petere ad eum effectum vt ab ipsa petitus sit alijs præferendus, ergo etiam si scienter petierit tutorem suspectum, dum erat conuolatura ad secundas nuptias, non poterit alium, qui sit ei coadiutor, petere, quique sit alijs præferendus. Ratio fundamentalis horum omnium ea est, quia, cum ipsa mater transitura ad secunda vota non curauerit de filijs, & quantum fuit ex se eos deseruerit non muniens congruo tutoris præsidio, perinde ac si esset alieni, vel, si de tutore prouiderit, tollitorem potius, quam tuitorem constituerit cum scientia inidoneitatis, seu potius prauitatis exuit viscera maternitatis erga filios, ac proinde non est amplius considerāda vt talis, sed potius vt nouerca, ac exinde iura nihil ei deferunt, sed potius auferunt quodcunque ius, seu prærogatiuam.

3 Si Mater, quando primo petijt illum tutorem nouit illum suspectũ non potest postea alium nominare.

4 Paria sunt tutorem non petere, ac petere non idoneum.

Dixi *præcipuè, si aliunde, quam ab ipsa suspicio tutoris iam dati innotuerit, seu innotescere cœperit*, non quod arbitrer, quod, si ipsa, postquam tutorem suspectum petierit, & dari curauerit, suspicionis causas propalauerit, possit eidem coadiutorem petere, cum etenim deliquerit scienter petendo tutorem suspectum, priuata intelligitur illo iure, nec reintegratur ex illa subsequenti manifestatione, cum ius semel extinctum non reuiuiscat; ast ideo dixi, quia tunc concurrit fortior ratio, cum malum, quod ipsa in petitione talis tutoris ingessit, non dissoluatur ex eius causa, vnde quantum est ex parte eiusdem deberet perseuerare, cum perseueret eius praua intentio, & proptetea dixi *præcipuè*, quæ particula est am-

5 Intellige præcipuè, si aliunde, quam ab ipsa suspicio tutoris iam dati innotuerit.

ampliatiua, non restrictiua ad casum, de quo est sermo.

6 Si tempore primæ petitionis non nouerit causas suspicionis, quas nouerit constitutis secundis nuptijs, & tunc accusauerit, poterit coadiutorem illi nominare.

Si mater pro tempore, quo, eum esset conuolatura ad secundas nuptias petijt talem tutorem dari filijs, non nouerit ipsum suspectum, sed potius crediderit prudentem, atque fidelem, & deinde post contractas nuptias nouerit à fidelitate, & prudentia deficere, & non rectè in administratione procedere, & subsequenter eum suspectum appellauerit, & accusauerit, probabiliter potest petere, & eidem coadiutorem nominare. Consonat cum ijs, quæ docet *Ioannes Gutierez d. c. 8. n. 75.*; solum difficultas aliqua potest esse in eo, quod, cum transierit ad secunda vota, non videatur amplius ius aliquod habere in ordine ad regimen, & curam filiorum prioris matrimonij, adeoque non videatur quomodo possit se ingerere in petitione coadiutoris. Sed faciliter ab hac difficultate possumus egredi, si in primis consideremus, quod Mater transiens ad illas secundas nuptias filios prioris matrimonij non reliquerit indefensos, sed constituerit sub debita, & congrua custodia, adeoque erga ipsos non deliquerit; deinde aduertamus, quod hæc actio petitionis alterius in coadiutorem tutoris iam cogniti, & accusati suspecti ab ipsa Matre, sit quasi complementū prioris actionis, qua ante nuptias fuit nominatus, & petitus ille tutor a Matre, cum ordinetur ad tutiorem administrationem eiusdem tutelæ, & ad perfectius regimen, & gubernationem pupillorum, & patrimonij eorundem; non videtur autem rationi dissonum, quod mater, quæ rectè processit erga filios petendo eisdem tutorem, quem aptum, fidelem, atque idoneum iudicauerat, cognito errore, seu suspicione tutoris iam dati possit eidem adijcere complementum in ordine ad finem, ad quem datus est primus tutor, nempe recti regiminis, & gubernationis filiorum prioris matrimonij, eorumque substantiæ.

Rationes pro hac responsione.

---

§. LXXV.

An Mater transitura ad secunda vota possit in tutorem filijs prioris matrimonij nominare fratrem suum, vel Patrem.

S V M M A R I V M.

Series disquisitionis exposita. 1.
Sententia asserens, Patrem, & fratrem matris transeuntis ad secunda vota non esse admittendos ad tutelam filiorum eiusdem Matris ex primo matrimonio. 2.
Facta inquisitione, si fuerint idonei reperti, poterunt admitti. 3.
Soluuntur rationes contrariæ sententiæ. 4.

DIsquisitio LXXV. In præcedentibus diximus, regulariter, & non nisi vrgente graui necessitate esse ad petitionem Matris vitricum præficiendum tutelæ filiorum eiusdem Matris ex priori matrimonio ob præsumptionem fraudium, & non rectæ administrationis, quod etiam antea docuerant *Glosa in l. 2. ad fin. C. vbi pupil. educ. deb.*, *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 8. num. 77.*, vbi etiam testatur se in facti contingētia ita obtinuisse; supponitur enim, quod Mater ob nimium amorem erga secundū maritum sit profusura filiorum bona in eundem. Supposito iam, quod ex hoc capite vitricus a Matre nominatus regulariter non sit admittendus ad tutelam filiorum eiusdem Matris; quæritur, an idem sentiendum sit de Patre, & fratre eiusdem vxoris, quatenus eadem transiens ad secunda vota non possit eos nominare, &, si nominauerit, illi non sint regulariter a Iudice admittendi.

1 Quæsitum expositum in suis terminis.

Decius *cons. 674. num. 5. & seqq. & in c. ex parte num. 6. de appelat.* sentit etiam Patrem, seu fratrem vxoris transeuntis ad secundas nuptias tanquam suspectos ad petitionem Matris non esse admittendos regulariter loquendo in tutores filiorum ex primo matrimonio eiusdem vxoris eo, quia vrgere potest vehemens præsumptio, quod ideo petat, vt ex vehementi amore, quo ferri possunt in eandem vxorem tanquam filiam, & respectiuè sororem profundant bona filiorum eiusdem vxoris ex primo matrimonio in eandem, vel secundum maritum cum detrimento eorundem filiorum. Nihilominus

2 Sententia asserens Matrem, & fratrē vxoris non esse admittendos ad tutelam filiorum eiusdem vxoris ex primo matrimonio

Respondeo, probabilius esse, Patrem, & fratrem ab vxore transeunte ad secunda vota nominatos ad tutelam filiorum suorum ex primo matrimonio, si ex inquisitione fuerint inuenti idonei, esse admittendos. *Ioannes Gutierez de tut. & curat. parte prima c. 8. num. 76. & cons. 52. num. 29.*, *Menochius de arbitr. Iud. lib. 2. cent. 2. cas. 151. num. 5.* Duplici ratione ad hoc asserendum moueor, altera positiua, altera negatiua. Positiua, quia Auus maternus, & frater vxoris, qui est Patruus filiorum eiusdem vxoris admittuntur à iure tanquam tutores legitimi, quinimmo auus maternus non existente paterno cæteris omnibus præfertur, quin etiam auiæ maternæ per ea, quæ

3 Facta inquisitione, si fuerint idonei reperti, poterunt admitti.

docui-

docuimus *sub hoc cod. tit. de tut. & curat.* 1. *prenot.* 10., ergo non est, cur si nominentur à Matre eorundem filiorum, & respectiuè filia, & sorore non debeant admitti; si etenim iura non præsumunt de illa profusione bonorum pupillarium in ipsam vxorem, & respectiuè filiã, & sororem, nec in eius secundum maritum, sed illos admittunt, & respectiuè præferunt, non video, cur nos debeamus præsumere de illa profusione, eosdemq; excludere, dum ab eadem Matre petuntur. Negatiua scilicet per exclusionem rationis, cui innititur contraria sententia hoc pacto. Non militat eadem ratio suspicionis in Patre, & fratre matris pupillorum, quæ militat in vitrico, seu secundo marito eiusdem Matris, quandoquidem ex genere suo Pater, & frater non debent plus diligere secundum maritum filiæ, & respectiuè sororis suæ, ac teneantur diligere nepotes suos ex filia, & sorore, ergo non erit, cur eidem Patri, & fratri non possit ad petitionem filiæ, & respectiuè sororis committi tutela filiorum eiusdem filiæ, seu sororis.

Rationes pro hac responsione.

Ex quibus patet quid respondendum sit ad opinionem Decij supra allegatam, quod scilicet incongruè ipse sibi suadeat illam deputationem Patris, & fratris Matris transeuntis ad secundas nuptias suspectam; vnde ad summum debet intelligi, quod procedat, quando Patris, & fratris eiusdem matris non facta fuit congrua, & debita inquisitio, vt videntur consideraste *Menochius de arbitr. iud. d. cas.* 151. *num.* 5., *& Ioannes Gutierez de tut. & curat. part.* 1. *c.* 8. *num.* 76.

4 Soluuntur rationes contrariæ sententiæ.

§. LXXVI.

An legitimus opponens se contra vitricum à Matre nominatum sit ipsi vitrico præferendus.

SVMMARIVM.

Secundum omnia concurrentia exponitur casus. 1.
Sententia asserens, vitricum preferendum esse, & eius rationes. 2.
Sententia asserens præficiendum esse legitimum se opponentem. 3.
Probabilius est tutorem legitimum se opponentem præferendum esse. 4.
Vitricus, vt dicatur legitimè datus, est necessaria citatio consanguineorum. 5.
Soluuntur rationes oppositæ. 6.

DIsquisitio LXXVI. Titia vxor quondam Francisci sumpserat seruatis seruandis tutelam filiorum suorum impuberum, quos genuerat ex eodem Francisco; postea intendens secundò nubere accessit ad Iudicem, & ab eodem petijt, vt eisdem filijs ille daretur tutor, quem ipsa accipere intendebat in maritum. Hunc tutorem sic à matre petitum teneri, si à Iudice admitteretur, sustinent *Silua Nuptialis lib.* 2. *n.* 51. *in verf. immo, si contraxisset Carolus Ruinus conf.* 87. *num.* 1., *& 8. vol.* 5., *Crauetta conf.* 18. *num.* 20., *Caualcanus Borginius de tut., & curat. nu.* 287. Constituto sic à Iudice ad matris petitionem marito, quam secundo ducere intendebat mater, auus maternus, vel alter in gradu proximior eisdem filijs se opposuit, & excepit aduersus vitricum à Iudice datum tutorem ad petitionem matris. Quæsitum tunc fuit, an auus maternus, vel alius sanguine propinquior pupillis esset præferendus vitrico à Iudice datus, an vero ipse vitricus?

1 In quo consistat sensus difficultatis.

Ex suppositione, quod modus ille accedendi ad Iudicem, & petendi filijs dari illum tutorem, quem mater transitura ad secundas nuptias ducet in maritũ, subsistat, quem modum assignant pro cautela, vt vitricus possit esse tutor DD. mox allegati, nempè *Silua nuptialis, Ruinus, Crauetta, & Caualcanus loc. cit.* non videtur dubitandum, quin vitricus ipse sit præferendus alijs, quantumuis legitimis, quandoquidem ex alibi dictis, vbicunque mater susceperit filiorum tutelam, non adest locus legitimis, & cum ipsa transitura ad secundas nuptias, dum adhuc eandem tutelam retinet, alium tutorem petit, iste intelligitur subrogatus in locum eiusdem matris, sicque adinstar eiusdem matris alium quemcunq; excludit à tali munere, sicuti excluderet mater ipsa, si in tali munere perseuerarct, nec transijsset ad alias nuptias. Accedit quo tutor iam datus à Iudice pro tempore, quo poterat ab eodem dari, non cessat superueniente posset legitimo. Nibilominus

2 Sententia asserens vitricum præferẽdum esse, & eius rationes.

Contrarium sustinent *Alexander. cons.* 158. *super primo vol.* 5., *Franciscus de Ponte inter conf. Bartoli* 145. *factum sic se habet vol.* 1. quos io terminis, de quibus infra, sequitur *Caualcanus de tutor., & curat. d. n.* 289. nempè, quod, si auus maternus, vel alius legitimus tutor matre petente filijs tutorem eum, quem ipsa secundo duxerit, se opposuerit, & voluerit præferri vitrico, & extraneo, vtique sit præferendus. Sed, an hoc intelligendum sit, quando legitimus se opposuit, antequam Iudex eum admitteret, quem mater transitura ad secundas nuptias petebat, an vero etiam, quando Iudex iam petitum

3 Sententia asserens legitimum præferen dum esset excluso vitrico.

petitum à matre vitricum dediſſet præfati DD. non explicant, ſed ſimplicitèr dicunt, quod legitimus ſe opponens præferendus ſit. Quid iam in hac controuerſia concludendum?

4 Probabilius eſt tutorem legitimũ ſe opponentem, præferendum eſſe.

Reſpondeo, probabilius eſse, tutorem legitimum ſe opponentem, ſi fuerit idoneus, præferendum eſse vitrico à matre tranſitura ad ſecundas nuptias petito. Conſentit cum præallegatis DD. *Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 8. n. 82.* Ea potiſſimum ratione moueor, quia regularitèr vitricus non eſt admittendus tanquam ſuſpectus, vt tutor ſuorum priuignorum per ea, quæ in præcedentibus latè commendauimus, & docent etiam *Gloſa 2. ad fin. C. vbi pupil. educ. deb., Boerius deciſ. 124. nu. 12. in fin., Baldus in auth. eiſdem panir verſ. poſte quod iſte mater vult excludere C. de ſecundis nupt., Caualcanus de tut., & curat. n. 289., Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 8. num. 77. verſ. ego quidem cenſeo, & doceo*; & ſi quandoque admittitur, vel admitti poſset, vel tunc eſſet, quando accederet conſenſus parentum, vel tutorum teſtamentariorum, prout docent *Boerius d. deciſ. 124., & Baldus loc. cit., & in l. omnem verſ. ſed numquid iſta nubens C. ad Tertul.*, vel quando non adeſſet alius idoneus, qui poſſet præfici illi tutelæ, vt ſtatuunt alij DD., vel quando pupillus factus adultus, nempè 14. annorum ipſe peteret vitricum in curatorem, in quo tamen vltimo caſu cautè procedere debet Iudex in vitrico admittendo ad petitionem minoris, nam facilè poteſt eſſe inductus à matre, vel à ſimplicitate ſua ad illũ petendum, prout notat *Ioannes Gutierez loc. cit. num. 80.* Extra hos caſus regularitèr ſtatuunt ipſum vitricum non dandum eſſe tutorem priuignorum ſuorum; Sed legitimo tutore ſe opponente, qui ſit idoneus, nullus ex prædictis, & numeratis caſibus in fauorem eiuſdem vitrici militat; non enim poteſt dici, quod acceſſerit conſenſus parentum, quando legitimus ſe opponit vitrici dationi, vel quod alius idoneus non exiſtat, cum adſit hic, qui ſe opponit, qui ſupponitur idoneus, nec præſumitur filius excedens decimumquintum annũ, qui ipſum vitricum petat, & quando etiam peteret, eſſet vehemens præſumptio, quod à matre inductus eſſet ad petendum, ergo à primo ad vltimum ipſe legitimus erit præferendus.

Rationes pro hac probabiliori opinione.

Sed an ea, quæ dicta ſunt ſub hac reſponſione, verificentur ſolum, quando ipſe legitimus ſe oppoſuit in actu, quo mater acceſſit ad Iudicem, & petijt, eum dari tutorem filijs, quem ipſa ſecundo duxerit in maritum, ita tamen, vt eius oppoſitio præceſſerit Iudicis admiſſionem, an vero etiam, quando ſe oppoſuit iam dato vitrico tutore per Inquiſitionem à Iudice? Arbitrarer, verificari etiã, quando à Iudice per inquiſitionem vitricus eſſet in tutorem admiſſus, quandoquidem, quamuis daremus, quod tutor ſemel legitimè datus à Iudice, ſeruatis ſeruandis non ceſſaret ſuperueniente etiam legitimo, quod, an verum ſit, alibi infra examinabimus, adhuc tamen hoc locum nõ haberet in præſenti hypotheſi, cum vitricus non eſſet legitimè datus, cum non fuerit præmiſſa citatio conſanguineorum, & affinium pupillorum, prout erat neceſſarium.

5 Vitricus, vt dicatur legitimè datus tutor ſuorum priuignorum eſt neceſſaria citatio conſanguineorum.

Nec poſſunt obſtare ea, quæ pro cautela, vt vitricus ſubſiſtat vt tutor, fuerunt adducta in principio huius diſquiſitionis, quandoquidem ad ſummum ea procedunt alio legitimo tutore non opponente, prout notat *Ioannes Gutierez d. c. 8. n. 82.*, nam tunc videretur admiſſus cum omnibus conditionibus ad hoc requiſitis, ſecus autem exiſtente legitimo contradictore, cum tunc ceſſarent omnes conditiones requiſitæ, vt eius datio ſubſiſteret.

6 Soluuntur rationes oppoſitæ.

---

§. LXXVII.

An, ſi Iudex decreuerit tutelam filiorum ſuorum impuberum matri tranſeunti ad ſecunda vota ſimul cum alio tutore, decretum ſit nullum tàm quoad matrem, quàm quoad alium, an vero tantum quoad matrem.

SVMMARIVM.

Exponitur ſtatus diſquiſitionis. 1.

Rationes ſuadentes, quod, quando cum matre eſt datus alius tutor, mater per tranſitum ad ſecunda vota, non amittat tutelam. 2.

Etiam ſi mater fuerit tutrix data cum alio per tranſitum ad ſecunda vota deſinit eſſe tutrix. 3.

Perſeuerat ratio affectionis mutatæ, & morum inhoneſtorum. 4.

Hoc etiam procedit ſiue tutela fuerit commiſſa matri quoad perſonam, & alteri quoad bona. 5.

Si tutela vel à teſtatore, vel à Iudice fuerit ſimul collata matri, & alteri antecedenter ad nuptias, tranſeunte eadem matre ad nuptias tutela in eadem finit, non ſic in altero. 6.

Si

Si tutela fuerit vtrique collata pro tempore, quo mater transire intendebat ad secundas nuptias, tunc secundum aliquos tutela cessat in vtroque. 7.

Congruentius secundum alios solum cessat in matre. 8.

Actus, quo data est tutela vtrique, separari potest quoad effectum. 9.

Varijs exemplis ostenditur. 10.

Si tutor simul datus cum matre fuerit sufficiens non ceit in locum matris alius subrogandus. 11.

1 Factum in suis terminis explicatum.

Disquisitio LXXVII. Susceperat iam mater tutelam filiorum suorum impuberum tempore à iure præfinito post obitum prioris mariti. Elapso aliquo tempore, cum decreuisset ad secunda vota migrare, accessit ad Iudicem, à quo petijt filijs suis alium tutorem designari, qui Iudex eandem matrem in tutricem confirmauit, non obstante, quod ad alia vota esset transitura, sed alium tutorem simul cum illa constituit. Quæsitum hic fuit, an tam mater binubens, quam alius tutor simul cum illa datus subsisteret, an neuter, an vero solum ille alius tutor a Iudice datus matre penitus exclusa?

2 Rationes suadentes, quod quando simul cũ matre datus est alius tutor, mater per transitũ ad secunda vota non desinat à munere tutelæ.

Matrem ipso iure per transitum ad secundas nuptias, nisi accedat Principis dispensatio, desinere à munere tutelæ latè diximus in præcedentibus, hocque habetur expressè *in auth. de nuptijs §. si autem tutelam, Angelus per illum textum in auth. vt sine prohibitione mater in vers. mox, & in c. ex parte, & ibi glosa, & scribentes de appell., Glosa vltima in l. omnem C. ad Tertul.* sed an illa desinentia tollatur ex eo, quod alter cum ipsa fuerit datus tutor, hoc est, quod in parte venit sub hac controuersia, & quidem tolli hanc desinentiam videtur ex eo deduci, quia ratio finalis, ob quam iura induxerunt hanc desinentiam respectu matris transeuntis ad secundas nuptias, ea fuit, quia poterat esse vehemens, & rationabilis præsumptio, quod mater propter intensum amorem erga secundum maritum esset profusura bona eorundem filiorum prioris matrimonij in eundem secũndum maritum, sed, quando eidem matri additus est contutor, cessat talis præsumptio, quia, cum ille contutor sit, & intelligatur obligatus insolidum cum eadem matre, nõ est præsumendũ, quod velit permittere illam profusionem in detrimentum etiam sui ipsius. His tamen non obstantibus.

Respondeo primo, dationem illam vxoris transeuntis ad secunda vota factã per Iudicem, & qualificatam per additionem alterius contutoris, non subsistere. In hanc consentiunt, quotquot sustinent matrem transeuntem ad secunda vota ipso iure amittere tutelam, quam habet, vel ius ad ipsam obtinendam, si non habet *Carolus Ruinus cons. 87. num. 2. vol. 5., Boerius decis. 266. num. 1., Sanchez de matrim. lib. 7. disp. 88. num. 4., Ioannes Angelus Bossius de matrim. contract. c. 11. num. 268., Fontanella de pact. nupt. claus. 5. glos. 8. part. 11. nu. 8., & alij*, qui, quamuis loquantur in terminis, quibus eadem mater susceperit tutelam, quam asserunt ipso iure amittere, dum transit ad secunda vota, videntur tamen etiam procedere quoad amissionem iuris ad ipsam obtinendam, si nondum susceperat; quinimò docent, nonnisi ineptè, & stultè Iudicem posse dare matri ad secunda vota conuolanti huiusmodi tutelam, quia ad Principem hoc spectat, &, si sine Principis dispensatione hoc præstet, constituitur reus læsæ Maiestatis, vt in specie docent *Craueta cons. 18. per totum, & præcipuè n. 1., & seqq.*

3 Etiam si data fuerit tutrix cum alio per transitum ad secunda vota amittit tutelam.

Rationes pro hac responsione.

Difficultas solummodo esse potest in eo, quod in hac hypothesi ipsi matri intelligatur adiunctus alius tutor, ratione cuius intelligitur cessare illa præsumptio, quod mater sit profusura bona filiorum in secundum maritum; sed hoc non videtur obesse nostræ responsioni; primo, quia, vt notat *Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 8. nu. 84.* stultè, & ineptè Iudex dicitur decreuisse tutelam personæ, vel bonorum minoris ipsi matri simul cum alio, vel discretiuè matri tutelam personæ, alij vero bonorum, addens huiusmodi decretum esse nullum, nam per transitum ad secunda vota ipsa mater desinit ipso iure esse tutrix, per textum *in auth. de nuptijs §. si autem tutelam*, vbi vides, quod non obstante, quod simul cũ matre datus fuerit alius tutor, ipso iure mater priuetur tutela, & iure ad ipsam consequendam, si nondum acquisierit.

Nec obest, quod habeat alium tutorem adiunctum, & quare.

Secundo, quia ratio, propter quam iura interdicunt matri transeunti ad secundas nuptias tutelam, non consistit solum in illa præsumpta dilapidatione bonorum pupillarium in fauorem secũdi mariti, sed etiam in inhonestis moribus, & in ratione mutatæ affectionis, vt considerauit idem *Ioannes Gutierez loc. cit. n. 85.* sicque, quamuis cessaret in hac hypothesi prima illa ratio præsumptæ dilapidationis, & excoriationis filiorum, non cessaret tamen secunda, & tertia, & sic non cessante adæquata causa inter-

4 Perseuerat ratio affectionis mutatæ, & inhonestorum morum.

dicti

dicti, nec ipsum interdictum cessare intelligitur.

Non cessat simpliciter præsumptio dilapidationis, sed tantum secundũ quid.

Tertio, quia per illam additionem alterius tutoris non cessat simpliciter illa præsumptio dilapidationis, seu excoriationis filiorum, sed ad summam secundum quid, quandoquidem, cum administratio ad vtrumque pertineret, posset mater occultè bona in secundum maritum profundere; vnde semper vigere posset aliqua ratio suspicionis, sicque etiam causa interdicti.

5

Hoc etiã procedit, siue tutela fuerit commissa Matri quoad personã, & alteri quoad bona.

Quod, si supponas, quod matri fuerit decreta tutela solum quoad personam pupilli, & alteri quoad bona eiusdem, & dicas, quod in hac hypothesi nulla possit esse suspicio profusionis bonorum in secundum maritum, cum eorum administratio non ad ipsam Matrem, sed ad alium tutorem pertineat; Tunc dicam, hoc etiam non officere, cum possit etiam esse præsumptio, quod negligat curam eiusdem pupilli, & eius vitæ insidietur potissimum, si sibi suadeat ius aliquod habere quoad eiusdem pupilli successionem; vnde absolutè iura statuunt, quod matri transeunti ad secunda vota nulla ratione possit decerni tutela, & si ipsam obtinuerit, ipso iure eadem priuetur.

6

Si tutela fuerit Matri, & alteri collata ante nuptias præmeditatas Matre transeunte ad secunda vota tutela in ea cessat, nõ in altero.

Modo insurgit difficultas, an quando tutela simul cum Matre alteri est decreta, transeunte Matre ad secundas nuptias cesset solummodo in eadem Matre, an verò etiam in alio adiuncto? Distinguendum hic videtur, vel etenim, antecedentèr ad tempus, quo Mater præmeditata est transirum ad secundas nuptias, per testatorem ipsi, & alteri simul designata est tutela, vel fortè etiam à Iudice sic instante eadem Matre; vel decreta est eidem simul, & alteri à Iudice pro tempore, pro quo accessit ad Iudicem asserens, se velle ad secunda vota transire, & petens dari tutorem filijs. Iuxta primum sensum sentio, tutelam solum in Matre cessare ratione transitus ad secunda vota, & sic alium tutorem cum ipsa datum perseuerare, qui, si secundum se sufficiens est ad illam administrationem, alter loco Matris non est dandus à Iudice, si verò non sit sufficiens, alter est eidem Matri subrogandus, prout notant *Glosa in l. 1. C. de testam. tut.*, *Socinus cons. 183. lib. 4.*, *Crauetta cons. 18. num. 5.*, *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 8. nu. 86.* Ratio ex eo deducitur, quia ex eo, quod ex pluribus tutoribus alter remoueatur tanquam suspectus, & non idoneus, non propterea munus tutelæ in alijs non suspectis cessat per ea, quæ in præcedentibus sparsim probauimus *Alsogradus cons. 100. num. 5. & 6. lib. 2.*, *Paulus Christinus decis. 146. num. 8. vol. 3.* per textum *in l. si ex pluribus ff. de auct. tut.*, ergo etiam ex eo, quod mater data tutrix simul cum alio remoueatur tanquam suspecta, non propterea ille alter censendus est remoueri.

7

Si tutela fuerit vtrique collata pro tempore, quo Mater transire intendebat ad secunda vota, secundum aliquos matre transeunte ad secunda vota tutela cessat in vtroque.

Iuxta secundum sensum, seu secundum membrum distinctionis videtur maior ratio dubitandi, quia, cum pro tempore, pro quo tutela decreta est, ipsa mater esset incapax sic iuribus statuentibus illius muneris, & vno, & eodem actu fuerit vtrique collata, cumque per consequens decretum Iudicis quoad matrem non teneat, nec tenere censendum est quoad alterum; non enim decretum, cum sit vnum, & idem, potest esse pro parte validum, & pro parte inualidum, adeoque &c. Nihilominus, si ille alter cum matre fuerit datus seruatis seruandis, & cum debita, & diligenti inquisitione, non incongruè crederem, posse sustineri, quandoquidem, cum tutela possit firmari in vno solum præscindendo ab altero, sicque versemur in diuisibilibus, vtique firmatur regula, quod vtile per inutile non vitietur, cum vtile possit per se subsistere abstracto inutili per textum *in l. certi condictio 9. §. 1. ff. si cert. pet. l. 1. §. si quis simpliciter l. 4. §. si is qui duplex ff. de verb. obligat.*, *Baldus cons. 475. Quidam Ioannes num. 10. vers. tres sunt casus lib. 1.*

8

Secundum alios, & melius solum cessat in Matre.

9

Actus, quo data est tutela vtrique separari potest quoad effectum.

Neque obstare potest, si dicatur, quod actus, quo data est tutela simul matri, & alteri sit indiuiduus, adeoque, si desinat quoad vnum, desinat etiam quoad alterum; Non, inquam, obstare potest, quia quotiescunque quoad effectum separari potest actus ille, in vno tantum potest subsistere; sic v. g. actus, quo quis donat supra summam exigentem insinuationẽ, quamuis secundum se sit indiuiduus, quia tamen potest separari, & subsistere in parte non exigente insinuationem, vtique in illa firmatur, etiam si in parte excedente infirmetur, prout docent *Castillus controuer. lib. 5 part. 2. c. 100. nu. 6. & seqq.*, *Durandus decis. 286. num. 12.*

10

Varijs exemplis ostenditur.

Hoc idem exemplificari potest in actu, quo Princeps duobus gratiam largitus est, quorum alter sit excommunicatus, quãuis enim actus ille concessionis sit indiuiduus, non propterea ex eo, quod effectum non sortiatur in excommunicato, desinit etiam in altero, qui non est excommunicatus, cum in hoc solum possit subsistere, prout notant *Cardin. Tuschus lit. V. concl. 373. num. 45. & 46.*, *& Lambertingus in tract. de contract. eorum glos. fin. num. 36. & glos. 5. num. 2.*

Hinc deduco, quod, cum hic tutor datus simul cum matre subsistat matre non

subsistente, si ipse fuerit sufficiens ad tutelæ administrationem, non sit necesse, quod per Iudicem alter subrogetur in locum matris deficientis iuxta ea, quæ habent *Glosa in l.1. C.de testam.tut.*, *Ioannes Gutierez.de tut.& curat. part.1.c.8.num. 86.& alij supra allegati*; si verò ille non sit sufficiens ad tale munus, vtique alius sit subrogandus, seu constituendus, ne pupillus pro parte remaneat indefensus, & munus Iudicis est, vel ad petitionem eorum, ad quos pertinet, vel ex proprio officio dare simpliciter tutores pupillis non habentibus, vel supplere defectus eorum, quos pupilli habent, quando isti non sunt sufficientes ad plenè satisfaciendum muneri tutelæ; atque hæc, quę dicuntur iuxta hunc secundum sensum, seu membrum distinctionis de subrogando, vel non subrogando altero tutore in defectum matris, à fortiori sunt intelligenda iuxta primum membrum.

11 Si tutor simul datus cum Matre fuerit sufficiens nó erit alter in locum Matris subrogandus.

Secus verò, si ipse non fuerit sufficiens.

§. LXXVIII.

An quandoque tutela duret, cum peruenerit ad casum, in quo non posset incipere, & quomodo.

SVMMARIVM.

Sensus disquisitionis expositus. 1.

Ratio dubitandi desumitur ex textu in l.post susceptam ff.de excus. tut. 2.

Sententia asserens, quod, cum tutela deuenerit ad casum, in quo incipere non posset, cesset. 3.

Contraria sententia exponitur. 4.

Vitium superueniens potest esse duplicis generis, & quomodo. 5.

Si vitium superueniens fuerit tale, vt reddat tutorem simplicitèr impotentem, tollit tutelam etiam legitimè susceptam. 6.

Si quis post susceptam tutelam factus fuerit simplicitèr mutus in eodem cessat tutela. 7.

Idem die de simplicitèr facto surdo, & caeco. 8.

Enodantur nonnullæ difficultates circa prædicta. 9.

Si qualitas superueniens non sit talis, vt impediat simplicitèr munus tutelæ, sed solum ingerat aliquam notam suspicionis, puta, si factus fuerit creditor, vel debitor, non amittit tutelam, sed ei addendus est alius curator. 10.

Disquisitio LXXVIII. Regula certa videtur, quod facilius retineantur ea, quæ fuerunt legitimè acquisita, ac acquirantur, quæ non fuerunt obtenta; vnde etiam dicitur, quod munus collatum non vitietur ex eo, quod peruenerit ad casum, in quo non potuit incipere, prout habetur *in l.ex pluribus §. & si plácet, & ibi Dinus, Bartolus, & DD.ff.de verb. oblig.*, addita etiam ratione, quia, quando datio fuit completa, & in actu consummata, ex superuenienti casu non vitiatur. Hoc iam tanquam regula supposito quærimus, an, si quis tutelam susceperit seruatis seruandis, & præmissis omnibus præmittendis, & postea deuenerit ad casum, quo eadem non posset incipere, intelligatur tunc tutelam iam ritè susceptam amittere, an verò possit retinere? 1

1 Sensus disquisitionis expositus.

Difficultatem non modicam circa præsentem titulum ingerit textus *in l.post susceptam ff.de excus.tut.*, vbi sic legitur. 2 *Post susceptam tutelam cæcus, aut mutus, aut surdus, aut furiosus, aut valetudinarius deponere tutelam potest*, ex quo textu *Glosa & Bartolus in l.1. §.fin.ff.de tut.* inferunt, quod vitia superuenientia extinguant tutelam iam susceptam, sicque, cum tutela deuenerit ad casum, in quo non posset incipere, desinat, quod etiam firmasse videntur *Gregorius Lopez in l.4. glos. fin.* apud *Ioannem Gutierez de tut. & curat. part.1. c.7. num.5. in fin.*, *Molina Theologus de iust. tract.2.disp.221.* Contrarium tamen attentius ponderantes d. textum *in l. post susceptam* senserunt alij apud eundem *Gutierez. loc. cit.* nam illa particula *potest* non inducit necessitatem deponendi, sed arbitrium, si velit iuxta textum *in l. quibus diebus §. Dominus seruo, & ibi Bartolus ff. de condit., & demonst., & l. hæredibus §. fin. ff. ad Senat. Consult. Trebel.*, vnde ille, qui tutelam suscepit superueniente huiusmodi vitio, cum quo non posset incipere eandem tutelam, potest in eadem, si velit, continuare.

2 Difficultas desumpta ex textu in l. post suscep. tam ff. de excus. tut.

3 Sententia asserens tutelam cessare, si deuenerit ad casum, in quo non possit incipere.

4 Contraria sententia exponitur.

Ego pro dissolutione præsentis dubij considerarem, an illud vitium, quo stante non posset tutela incohari, sit tale, vt simplicitèr reddat impotentem ad munus tutelæ ad monstrandum, an verò reddat præcisè suspectum, seu minus idoneum, sub qua consideratione videtur etiam procedere *Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. cap. 7. num. 10.* Vitium primi generis est, si fiat mutus, surdus, cæcus &c. Secundi generis est, si interim fiat creditor, vel debitor pupilli, cuius curam suscepit, seu tutelam. Quibus positis.

5 Vitium superueniens potest esse duplicis generis, & quomodo.

Respondeo, si vitium superueniens fuerit tale, vt reddat tutorem impotentem ad munus tutelæ exercendum, extinguit tutelam etiam legitimè ante-ce-

cedentèr susceptam. In hanc certè consentiunt *Glosa, & Bartolus in d. l. 1. §. fin. ff. de tut., Molina Theologus de iust., & iur. tract. 2. disp. 221.* dum indefinitè dicunt, quod, cum tutela deuenerit ad casum, in quo non posset incipere, simplicitèr extinguatur. In his terminis expressè procedit *Gutierez de tut., & curat. d. c. 7. n. 10.* Ratio ex eo desumitur, quia, quando agitur de munere, quod secundum se non est perpetuum, & principalitèr in exercitio consistit, superueniente impotentia ad exercitium absolutè cessat, siuè illa impotentia fuerit à principio, siuè ex interuallo accesserit. Dixi, *quod secundum se non est perpetuum*, quod dixi propter beneficia Ecclesiastica, & propter matrimonium, quæ, cum sint perpetua, ex superueniente impedimento non extinguntur, nec tolluntur, quod secus est in alijs muneribus amouibilibus ex causa, & secundum se non perpetuis. Dixi, *& principalitèr in exercitio consistit*; si etenim esset munus potius ad honorem, quam ad aliquod exercitium, non videretur extinguendum ex aliquo impedimento superueniente, cum per se stare posset sine exercitio, & per consequens existente etiam impedimento; sed munus tutelæ ex genere suo non est perpetuum, sed amouibile ex causa, & specialitèr consistit in administratione in fauorem pupillorum, ergo &c.

6 Si vitium superueniens fuerit tale vt reddat tutorem simplicitèr impotentem tollit tutelam.

Rationes pro hac resolutione.

Tutela potissimũ consistit in exercitio.

Hinc in particulari deduci potest, quod, si quis post susceptam tutelam factus fuerit mutus, non possit in tutela perseuerare, vt signantèr docent *Glosa vnica in l. vnica C. qui morb. se excus., Bartolus in d. l. 1. §. fin. ff. de tutel., Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 7. num. 5.*, cum etenim loqui non possit, non potest auctoritatem interponere in ijs, in quibus eadem necessaria est, & sic perindè esset, ac, si pupillus tutorem non haberet, cum paria sint tutorem non habere, & habere non aptum, & non idoneum ad munera præstanda, quæ necessaria sunt. Secundo, quod etiam effectus surdus, & cæcus post eandem tutelã susceptam, eandem teneatur deponere per ea, quæ docuimus *sub hoc eod. tit. de tut., & curat. 1. prænot. 6. num. 31.*, cum etenim versemur in personalibus muneribus, quæ potissimum consistunt in exercitio, superueniens vitium, quod impedit plenè tale exercitium remouet à munere per textum *in l. 1. §. illud ff. de mun. & hon.* & ad illud exercitium non solum requiritur loquela, sed etiam auditus per textum *in l. 2. §. mutus ff. de tutel.*, & etiam visus.

7 Si quis post susceptam tutelam factus fuerit simplicitèr mutus eandem amittit.

8 Idem dic de simplicitèr facto surdo, & cæco.

Neque obesse potest textus *in d. l. post susceptam ff. de excus. tut.*, vbi, cum dicatur, quod possit tutelam deponere, vtiq; non infertur necessitas illum deponendi, sed merum arbitrium; item, cum ille textus contineatur sub titulo de excusationibus tutorum, videtur quidem inducere, quod superueniente illo impedimento possit se excusare, non autem priuetur absolutè tutela; Non inquam, obesse potest, quandoquidem in iure per ly *potest* intelligitur quandoque debet, vt sumitur *in l. 4. §. penult. ff. de damn. infect. & l. si mandauero §. fin. ff. mandati, & l. si ex causa §. nunc videndum ff. de minor.*, quod vtique intelligendum est sic exigente materia in præsenti hypothesi; cum surdus, mutus, & cæcus non possint ea præstare, quæ propria sunt muneris tutelæ; nec ea, quæ subduntur, quod scilicet textus ille contineatur sub titulo *de excus. tut.* aliquid euincunt, quandoquidem sub eodem titulo ponuntur, quia quandoque huiusmodi vitia tribuunt solum ius ad excusationem, vt v. g. si non esset penitus mutus, sed balbus, nec penitus surdus, sed surdaster per ea, quæ tradidimus *sub hoc eod. tit. de tut. & curat. 1. prænot. 6. num. 29. & 31.*; cæterum cum penitus est mutus, surdus, & cæcus non potest excusationem adducere, cum, & si velit, non possit hoc munus exercere, prout notat *Glosa in l. 1. §. mutus vers. surdum ff. de tut. & in l. vnica C. qui morb. se excus.*

9 Enodantur nonnullæ difficultates circa prædicta.

Respondeo secundo. Si vitium superueniens non sit tale, vt impediat penitus munus tutelæ, sed addat solummodo aliquam notam suspicionis, puta si tutor fiat debitor, vel creditor pupilli non extinguit munus tutelæ, sed tunc ad vberiorem cautelam indemnitatis pupillorum, & ad purgandam notam suspicionis poterit eidem addi alius tutor, vel curator. Consenit in vniuersum *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. prima c. 7. num. 10.* Expresse colligitur ex ijs, quæ dicta sunt *sub hoc eod. tit. de tut. & curat. 1. prænot. 20. num. 120.* per textum *in auth. minoris ff. qui dar. tut. vel curat.* Ibi *Nam & ante curator, si minoris creditor afficiatur, non sine adiuncto curatore administrabit*, & ibi etiam diximus, non teneri tutelam deponere, nec habere sufficientem causam excusationis.

10 Si qualitas superueniens non impediat simplicitèr tutelam, sed ingerat notam suspicionis non tollit eandem.

Propter eandem rationem, si lis post susceptam tutelam orta fuerit inter tutorem, & pupillum, tutor tutelam non amittet, sed dandus erit alius tutor, seu curator ad litem, qui pupillum defendat per ea, quæ in præcedentibus docuimus.

§. LXXIX.

An, si Mater constituta sit tutrix testamentaria filiorum suorum, & fuerit minor 25. annis pendente minoritate dandus sit alius tutor, an verò curator, & quinam.

SVMMARIVM.

Difficultatis series explanata. 1.
Duplex dubium ex titulo emanans. 2.
Sententia asserens, existente Matre minori filijs interim dandum esse curatorem, non tutorem. 3.
Æquè potest dari tutor, vel curator. 4.
Soluuntur rationes contrariæ. 5.
Sententia asserens Iudicem existente matre minori teneri interim dare proximiorem in gradu pupillis. 6.
Non tenetur Iudex dare proximiorem in gradu. 7.
Et si daretur proximior in gradu esset dicendus datiuus, non legitimus. 8.

DIsquisitio LXXIX. Dictum fuit in præcedentibus *sub hoc eod. tit. de tut. & curat. 1. prænot. 6. num. 2.*, quod regulariter interdicuntur à tutelæ munere, qui non compleuerunt annum 25.

1 Status disquisitionis expositus.

suæ ætatis, quod etiam verificatur in Matre minore per ea, quæ habetur *in l. 1. C. quando mul. tut. offic. fung. pot.*, *Paulus Christinus decis. 149. vol. 3.* Intellige etiam si fuerit tutrix testamento data per ea, quæ latè probat *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 7. num. 33.* Intellige item, quod mater minor, cæterique minores interdicantur quoad ipsum exercitium tutelæ, non quoad tutelam in habitu per ea, quæ docent *Ioannes Gutierez loc. cit. nu. 18. Glosa in l. tutela in verb. ætatis ff. de tutel.*, *Angelus*, *Salicetus*, *& alij in l. fin. C. de legit. tut.*, *Angelus cons. 172.* Ex suppositione iam, quod interdicatur mater solummodo quoad exercitium, donec ad ætatem perfectam peruenerit, non quoad substantiam, oritur hic difficultas, an pendente illa matris minoritate, ne pupilli interim remaneant indefensi, sine duce, & directore eisdem dandus sit tutor, qui administret, donec mater facta fuerit maior, an verò solummodo curator. Secundo, quinam dandus sit, siue detur vt tutor, siue vt curator, an scilicet proximior in gradu cum pupillis, an verò alter idoneus ad arbitrium Iudicis?

2 Duplex dubium ex titulo emanans.

In ordine ad primum quæsitum *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 7. num. 36.* sentit in data hypothesi minoritatis matris datæ tutricis in testamento non dandum tutorem, sed curatorem, donec mater fuerit maior effecta, ea motus ratione, quod tutorem habenti tutor dari non possit, sed curator, quod probat per textum *in §. interdum Instit. de curat. & l. 4. C. in quib. caus. tut. hab. & in l. non solum §. si libertus ff. de excus. tut.* Sed his non obstantibus.

3 Sententia asserens existente Matre minori interim dandum esse curatorem, nō tutorem.

Respondeo, æquè in hac hypothesi posse assignari tutorem vel curatorem, qui duret, donec mater fuerit maior effecta. In hanc responsionem videntur communiter consentire scribentes, dum datum interim, ac mater perueniat ad legitimam ætatem, promiscuè appellant tutorem, & curatorem; & quidem tutorem appellant *Piaggius de tut. & curat. q. 3. num. 10. Speculator in rub. de legit. tut. num. 3. in fin.*, *Corneus consil. 17. n. 26. lib. 2.*, *Vrsillus in addit. ad Afflictum decis. 281. n. 2.*, qui etiam quandoque illum appellant curatorem. Ratio primæ partis est, quia, cum tunc mater non possit tutelam administrare ratione minoritatis ætatis, pupilli indigent præsidio non solum quoad res, sed etiam quoad personas, ergo eisdem poterit interim tutor assignari, qui & personis, & rebus assistat; cum tutela sit in ordine ad vtrumq; licet principalitèr quoad personam per superius allegata, & probata. Ratio secundæ partis est, quia, cum personæ pupillorum possint regi per Matrem, quantumuis minorem, poterit persona destinari principalitèr ad regimen substantiarum patrimonialium pupillorum, & solum personis secundario.

4 Æquè potest dari tutor, vel curator.

Rationes pro responsione.

Nec aduersus primam partem obstat regula adducta per Ioannem *Gutierez loc. cit.* Nempè, quod *habenti tutorem tutor dari non possit*, Non obstat, inquam, quia, vt passim diximus in præcedentibus, hæc regula plures patitur fallentias; & in hoc specialitèr casu potest dici, quod habenti tutorem, & in habitu, & in actu non detur alius tutor, non autem tutorem habenti solum in habitu, prout est mater minor, quæ est tantum tutrix in habitu, cum nequeat actu tutelam administrare.

5 Soluūtur rationes contrariæ.

In ordine ad secundum quæsitum *Spino in suo Specul. test. glos. 19. sub num. 14.* sentit in hypothesi minoritatis matris non esse arbitrarium Iudici dare quemcunque idoneum iudicauerit tutorem, donec mater perueniat ad ætatem perfectam, in qua possit administrare, sed te-

6 Sententia asserens Iudicem teneri dare in hac hypothesi proximiorē in gradu.

neri

neri dare proximiorem in gradu eisdem pupillis. Sed his non obstantibus

7 Non tenetur Iudex dare proximiorē in gradu.

Respondeo, Iudicem non teneri dare proximiorem io gradu, sed posse vel ipsum, vel alium, quem idoneum facta inquisitione iudicauerit, dare. Consentit in hoc *Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 7. n. 37.*, & in hoc arbitror assentiri quot qunt sustinent, quod quousq; potest esse spes tutoris testamentarij non detur locus legitimo, sed datiuo, vt in specie *Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. tutor n. 9.*, vbi signanter hæc habet, *huic tutelæ datiua locus est cessante testamentaria, & legitima, & quandoque etiam excluso legitimo tutore, vt si spes adsit de testamentario*.

Rationes pro hac responsione.

Ratio ex eo deducitur, quia, vbi adest locus datiuo tutori, ibi adest Iudicis arbitrium in eo eligendo, & decernendo; vndè etiam in præcedentibus diximus, quod, quantumuis tutor aliquis peteretur à matre, non teneatur propterea Iudex illum dare, sed possit alium idoneum decernere, quamuis congruum esset, quod petitum a matre, si idnneum nouerit, designaret, vnde etiam in præsenti dicimus, quod Iudex proximiorem in gradu non teneatur dare, posse tam dare, & congruum esset, si eum idoneum per inquisitionem nouerit, vt assignaret.

8 Et si daretur proximior in gradu esset dicendus datiuus, nō legitimus

Ex suppositione tamen, quod ille in gradu proximior assignaretur noo esset legitimus dicendus, sed datinus, quia nnn ingrederetur vt proximior, sed vt electus à Iudice per inquisitionem, & nnn ex necessitate ipsum eligendi, sed ex libertate.

---

§. LXXX.

An, si filius ad obitum Patris habuerit annos tredecim, & mensem vnum, & mater iotra tempus ad complementum pubertatis tutorem non petierit, priuetur hæreditate si filius in impubertate decesserit.

SVMMARIVM.

Status quæsiti exponitur. 1.
Rationes suadentes Matrem non priuari successione illius filij. 2.
Mater in hac hypothesi amittit ius ad successionem filij. 3.
Mater se nimium arctauit, adeoq; non est digna venia. 4.

DIsquisitio LXXX. Regulariter matri competere annum ab obitu mariti ad petendum tutorem filijs communibus impuberibus latè patet ex dictis in præcedentibus. Modo supponimus, quod ab obitu mariti, & consequentèr Patris pupilli ad complementum pubertatis eiusdem pupilli non sit annus integer, cum hic peruenerit ad anoos tredecim cum mense vno. Mater iotra illud tempus ab obitu mariti ad pubertatem filij non petijt tutorem, & filius decessit in die penultima pupillaris ætatis. Quæsitum fuit, an mater ob neglectam petitionem tutoris in illo tempore, quamuis annus noo fuerit lapsus, intelligitur priuata iure ad successionem eiusdem filij prædefuncti? 1 Exponitur status disquisitionis.

2 Rationes suadentes non priuari successione.

Videtur simplicitèr negaodum, quandoquidem pœna affixa tempori non contrahitur ante tempus, nam sicuti concessum ad tempus præsumitur vltra tempus denegatum per textum *in l. si vnus 27. §. si cum reo ff. de pact.* ita prntractum ad tempus non videtur ante illud tempus obligare, quod potissimum verificatur in pœnalibus, quæ, cum sint strictè interpretanda, per textum *in l. factum cuique 155. §. in pœnalibus, & ibi Decius ff. de reg. iur., & in c. in pœnis 49. eod. tit. in 6.* non habent obligare ante tempus, ad quod sunt imposita. His tamen non obstantibus.

3 Mater in hac hypothesi amittit ius ad successionem filij decedentis die penultima impubertatis.

Respondeo, adhuc matrem io hac hypothesi ius amittere ad successionem filiorum, quantumuis decesserint die penultima, antequam compleret decimumquartum annum *Baldus cons. 432. iste casus ad fin. lib. 2., Stephanus Gratianus discept. for. c. 72. n. 5.*

Ratinnes pro hac responsione.

Ratio ex eo deducitur, quia, quamuis regulariter à iure annus matri præfiniatur ad petendum tutorem, quoties tameo vel necessitas, vel status pupillaris exigit intra minus tempus tutorem exigi, non eximitur mater à pœna priuationis, si intra breuius illud tempus non exegit; sic signantèr in præcedentibus docuimus, quod, licet mater teneatur intra annum tutorem vel curatorem petere, nihilominus in ordine ad ventrem prægnantem non potest differre petitionem ad annum, quia regularitèr venter prægnans non durat pro anni tempore, & hoc non alia ratione, nisi quia status ventris prægnantis non exigit illam dilationem, ergo etiam cum status pupillaris filij existeotis in decimo tertio anno, vt vno mense ætatis suæ non exigat annum, cum eo elapso intelligatur a terminis impubertatis egressus, nnn poterat mater protrahere ad annū petitionem tutoris pro illo cæteroqui contrahet pœnam priuationis.

Neque obstare potest, si asseratur, quod,

quod, cum pupillus perierit in pupillari ætate pro tempore, quo mater adhuc poterat petere, vtique subiacere non debeat pænę priuationis successionis; Non, inquam, obstare potest, quia, vt notant

4 Mater se nimium arctauit, & sic non est digna venia.

Dvlus de Castro in l. non omni in princip. n. 10. ff. si cert. pet., & in l. si decesserit nu. 8. ff. qui interd. cogantur, Alexander in l. si stipulatus sum mihi procalo n. 11. ff. de verb. oblig., Marantus in l. is potest nu. 233. ff. de acquir. hæred., si mater se arctat ad petendum tutorem in fine anni, & pupillus circa illum finem moriatur, ita vt à die mortis ad finem eiusdem anni non superfint tot dies, quot sufficiant ad petendam, & decernendam tutelam, vtique non excusaretur à tali pæna; Hæc autem verificatur etiam in nostra hypothesi, secundum quam mater tenetur intra breuius tempus ad annum sic exigente statu pupilli, qui ad annum decimum tertium cum mense peruenerat, tutorem petere, vndè, si non petijt, & se coarctauit ad finem decimi tertij ætatis pupilli, in quo fine idem pupillus occubuit, adeo, vt à die obitus eiusdem ad finem pupillaris ætatis non intersit tantum tempus, quantum sufficiat ad petitionem, & decretum tutelæ, certè mater sit priuanda hæreditate.

---

§. LXXXI.

An, vt mater priuetur successione filij, sufficiat, quod non petierit tutorem eidem ante completum decimumquartum annum, an vero probandum sit, quod non petierit ex negligentia, vel ex culpa positiua.

SVMMARIVM.

Sensus difficultatis, & rationes dubitandi circa ipsam. 1.

Iura aduersus matrem proponuntur. 2.

Constat matrem saltem ex incuria defecisse. 3.

Constante de omissione præsumitur de negligentia. 4.

Rationes, & iura pro matre. 5.

Qualibet leuis causa excusat à pæna. 6.

Ad hanc pænam priuationis requiritur culpa data opera, quæ non præsumitur in matre. 7.

Supposito lapsu temporis ad petendum ad matrem pertinet probare, quod non ex culpa, nec ex incuria omiserit petere. 8.

Omissioni regularitèr annexa ex culpa, vel saltem incuria. 9.

Soluuntur argumenta pro matre adducta. 10.

DIsquisitio LXXXI. Iuxta terminos præcedentis disquisitionis, cum ad tempus obitus patris pupillus peruenisset ad annum decimum tertium, & mensem vnum, mater non petijt eidem tutorem pro tempore, quo adhuc perseuerabat ætas pupillaris. Pupillus ante duos dies à complemento pubertatis decessit, pro quo tempore mater adhuc eidem tutorem non petierat. Contendebat posteà mater consequi hæreditatem eiusdem filij prædefuncti, aduersus quem excipiebant alij habentes ius ad successionem post matrem, quod eadem priuata esset ob non petitum tutorem pro tempore à iure præfinito. Hic excitata fuit controuersia, an pro matre, an vero pro alijs proximioribus habentibus ius ad successionem filij post matrem esset resoluendum?

1 Exponitur in quo consistat difficultas.

2 Iura aduersus matrem proponuntur.

Opponebant aduersus Matrem, quod, cum ipsa defecerit à petitione, ad quam de iure tenebatur, sit in casu priuationis ad terminos *l. 2. §. si mater ff. ad Senat. Consult. Tertul., & in §. sed quemadmodum Instit. eod. tit.*, & licet posset præsumi, quod mater non data opera, & ex culpa positiua defecerit à tali petitione, denegari tamen non possit, quin defecerit ex incuria; ad incurrendam autem hanc pænam sufficit defectus ex incuria per ea, quæ in præcedentibus probauimus *sub hoc eod. tit. de tut., & curat. 1. prænot. 13. n. 40.*, & probant *Ansaldus cons. 101. à nu. 57. ad 63., Franciscus Viuius comman. opin. 553. verb. mulier n. 16., & seqq., Baldus cons. 432. iste casus rarissimè de facto contingit n. 1. vol. 2.*

3 Constat saltem ex incuria defecisse

Secundo, asserebant, quod, cum certo constat de omissione actus, ad quem mater tenebatur, saltem præsumatur de eius incuria, & negligentia, cum non adsit titulus, qui possit talem omissionem cohonestare, vndè onus erit eiusdem matris probandi, quod omiserit ex iusta causa, qua non probante tanquam rea culpæ, seu saltem incuriæ erit priuanda.

4 Constante de omissione præsumitur pro negligentia.

Ex aduerso excipiebat mater contra opponentes ipsorum onus esse probare, quod sua culpa non petierit tutorem filio, à qua etiam ex qualibet leui causa posset excusari, vt probat *Bursatus concl. 8. n. 40. lib. 1.*, & quando etiam versaretur dubium, semper iudicandum esset ad fauorem eiusdem matris, ne excluderetur à dicta filij successione *Angelus cons. 281. col. vlt. in fine, vers. confirmatur etiam Gozadinus cons. 35. n. 13., Caphalus cons. 210. n. 30. lib. 2.*

5 Rationes & iura pro matre.

6 Qualibet leuis causa excusat à pæna.

Adde

Addebat secundo iuxta doctrinam

7 Ad pænam requiritur culpa data opera, quæ non præsumitur in Matre.

Stephani Gratiani discept. for. c.72. nu.27., quod ad effectum, vt mater priuetur successinne filiorum decedentium in impubertate, requiratur, quod scientèr, & ex industria omiserit petere, & data opera, quod idem Gratianus probat per textum *in l.2. §. non solum ff. ad Tertul. & l. edictum ff. de ventr. inspic.*, & ibi plures allegat in confirmationem huius suæ opinionis; quod autem data opera, & ex industria omiserit huiusmodi petitionem non præsumendum est, sed probandum per allegantem.

Priuatio iuris ad successionem est pæna rigorosa.

Addebat tertio, quod priuatio iuris ad successionem filiorum propriè, & in rignre sit pæna, & per consequens supponat culpam, à qua culpa quæcunque, quamuis leuis causa potest excusare; vnde per actorem probandum est, quod talis interuenerit culpa, qualis exigat illam pænam priuationis successionis ad hæreditatem filiorum pereuntium in impubertate. Quid iam in hac controuersia concludendum?

8 Supposito lapsus temporis ad petendum ad Matrem pertinet probare, quod nō interuenerit culpa, nec incuria.

Respondeo. Ad effectum, vt mater non priuetur iure ad hæreditatem filiorum decedentium in impubertate supposito lapsu temporis a iure vel implicitè, vel explicitè præfinito, requiritur vt per eandem probetur, quod non ex culpa data opera, nec ex industria, nec ex incuria non petierit, sed ex iusta, & legitima causa excusante. Est directè contra *Stephanum Gratianum discept. for. d.c.72. num.25.* vbi habet, quod per aduersantes prnbandum sit, quod Mater ex culpa defecerit à tali petitione intra tempora à iure præfinita. Ratin ex eo deducitur, quia agentes contra Matrem ad talem priuatinnem habent fundatam suam intentionem in non petitione tutoris intra tempora à iure præfinita, de qua non petitione ex facto constat, ergo, si mater voluerit per exceptionem talem actionem eludere, debet npponere causam, ex qua excusetur à pæna huiusmodi priuationis nb non petitionē; allleganti autem causam pertinet eandem causam probare per textum *in c. sicut 39. extra de sent. excommunic.*, & accusatus opponens exceptionem eandem probare debet per textum *in c. quod autem primo §. item accusatus 6. q. 5.*

Rationes pro tali responsione.

9 Omissioni regulariter est annexa culpa, vel saltem incuria.

Neque obesse potest, quod culpa non præsumatur, nisi probetur, cum quisq; præsumatur bonus, nisi contrarium probetur per textum *in l. merito 5. ff. pro socio l. quoties §. qui dolo ff. de probat.* vnde, si actor vult agere ex culpa, vel dolo, vel incuria, debet eandem probare, qua non probata succumbet in iudicio; Non, inquam, obesse potest, quia licet ea, quæ hic dicuntur, secundum se subsistant, non subsistunt tamen alijs concurrentibus, quæ inducant necessitatem probandi negationem culpæ, vt in præsenti hypothesi, secundum quam, cum constet de omissione operis necessarij ad euitandam pænam, cui omissinni regularitèr implicitè annexa est incuria, seu negligentia, vtique talis omissio est per omittentem expurganda à labe per probationem negationis culpæ ad effectum, vt pænam euitet annexam tali omissioni; vnde dici potest, quod sit præsumptio culpæ fundata in eadem omissione, & per consequens transferatur onus probandi carentiam eiusdem culpę in omittentem.

Hinc facilè erit respōdere ijs, quæ pro matris exceptionibus opponebantur; cum etenim ipsa mater omiserit onus a iure præceptum, ipsi incumbit onus pro- 10
bandi, quod non omiserit ex culpa, cum regularitèr culpa insit illi omissioni. Ad ea, quæ subdebantur *ex Gratiano loc. cit.* dicendum est non esse ita vera, sicut præferuntur, vnde contrarium nos docuimus *sub hoc eod. tit. de tut. & curat. t. præ-nor. 13. nu.40.*, quare ibi dicta sunt recolenda. Ad illud tandem, quod vltimo loco dicebatur, dicendum est, quod hæc pæna priuationis ponatur præcisè ob incuriam non petendi tutorem pro tempore à iure præfinito, quam probare debet mater non interuenisse, supposito, quod non petierit, nam actores habent fundatam intentionem in nnn petitione, vnde debet probare interuenisse aliquam ex causis supra recensitis excusantibus à pæna ob non petitionem.

Soluuntur argumenta pro matre adducta.

---

§. LXXXII.

An, si mater prægnans semper extiterit in domo Aui, & Auiæ, amittat ius ad successionem, si ventri prægnanti nnn petierit curatorem.

S V M M A R I V M.

Dilucidè exponitur casus, & rationes dubitandi circa ipsum. 1.

Rationes suadentes non liberari à pæna, quantumuis vixerit in domo Aui, & Auia. 2.

Cessat ratio dubitandi, si fuerit in domo Aui paterni. 3.

Sententia Gratiani sentientis Matrem viuentem in domo Aui, & Auia excusari à pæna. 4.

Proba-

Probabilius non excusatur. 5.
In aliquibus tamen casibus ex æquitate est excusanda. 6.

DIsquisitio LXXXII. Iuxta præcedentèr dicta Mater prægnans tenetur petere curatorem proprio ventri prægnanti sub pæna amissionis iuris ad successionem eiusdem ventris, quam petitionem tenetur facere non expectato anno, cum regularitèr fætus ad annum non protrahatur, sed statim, ac poterit per ea, quæ in præcedentibus commendauimus. Supponimus modo, quod eadem Mater pro anno luctus perstiterit in domo Aui, & Auiæ parentum mariti defuncti, vel fortè se receperit eisdem non existentibus in domum patris, & matris suæ, & per consequens Aui, & Auiæ respectu fætus in vtero existentis, & quod curatorem eidem ventri non petierit, & inquirimus, an ob non petitum curatorem ex eo, quod vixerit, & habitauerit in domo Aui, & Auiæ, siue paternorum, siue maternorum excusetur ab illa priuationis pæna, an verò eidem adhuc subijciatur?

1 Casus expositus, & rationes dubitandi circa ipsum.

Ex ijs, quę in præcedentibus diximus, quod mater non excusatur a pæna priuationis huiusmodi, si tutores filijs suis impuberibus non petierit intra tempora à iure præfinita, quãtumuis extent tutores legitimi, quod signanter docuimus *sub hoc eodem tit. de tut. & curat. 1. prænot. 13. num. 64.* iuxta mentem *Ioannis Gutierez, de tut. & curat. part. 1. c. 16. num. 99. vers. hæc tamen sexta limitatio*, videtur etiam dicendum in præsenti hypothesi, quod, quantumuis mater vixerit pro tempore ventris prægnantis in domo Aui, & Auiæ, siue paternorum, siue maternorum, si curatorem ventri prægnanti non petierit, non eximatur à pæna illa priuationis, cum in hoc casu extarent solummodo curatores legitimi. Quod, si dicas, quod extantibus tutoribus legitimis non sit necesse, quod formaliter petat filijs impuberibus tutores, sed sufficiat, quod in actis expresse renunciet tutelæ declarando se nolle esse tutricē, quod etiam firmat idem *Ioannes Gutierez, loc. cit.*, qui etiam allegat pro hac opinione *Tellum Fernandez, in l. 6. Tauri num. 35. & seqq.*, *Baldum in l. matris nu. 1. C. ad Tertul. & in l. precibus num. 18. C. de impub. & alijs substit.*; etiam dicendum videtur, quod saltem, & in hac hypothesi requiratur, quod eadem mater renunciet curæ ventris prægnantis protestans, se nolle esse eiusdem curatricem.

2 Rationes suadentes Matrem non liberari à pæna, quantum etiam dicendum in præsenti hypothesi, quod, quantumuis vixerit in domo Aui, & Auiæ.

Sed antequam ad resolutionem præsentis difficultatis procedam, hoc vnum notandum videtur, quod, si extiterit Auus paternus, in cuius domo mater prægnans vixerit, non sit hæsitandum, quod mater non petens curatorem ventri prægnantis eximatur ab illa pæna priuationis, quandoquidem venter ille prægnans subest potestati eiusdem Aui, & quoad gubernium, & quoad regimen bonorum, & sicuti existente Auo paterno non potest filijs impuberibus mortuo Patre dari alius tutor, ita eodem existente non potest ventri prægnanti alius dari curator. Quamobrem difficultas solum reducitur, quando adest Auus maternus, & Auia, in quorum domo habitet ipsa mater prægnans.

3 Cessat ratio dubitandi, si fuerit in domo Aui paterni.

Circa quam difficultatem *Stephanus Gratianus discept. for. c. 72. nu. 37. & seqq.*, *Socinus Iun. consil. 16. num. 14. lib. 2.*, *Socinus Sen. consil. 153. pulchra, & subtilis col. penult. & fin. lib. 2.* sustinent matrem in hac hypothesi excusari à tali pæna priuationis, si curatorem ventri nōn petierit, eo quia nihil deesse potuit ventri, vtpote custodito à Patre, & Matre eiusdem prægnantis, ad quem effectum custodiæ datur curator ventri per textum *in l. inter bonorum ff. de administ. tut. & l. 1. §. quoties ff. de ventr. in possess. mit. & l. curator ff. eod. tit.*

4 Sententia asserens in hac hypothesi Matrē excusari à pæna.

Sed non libenter acquiescerem eorum dicto non solum propter rationem supra insinuatam, quod scilicet non obstante, quod existant tutores legitimi, mater nō excusetur à pæna priuationis, si tutorem filijs impuberibus non petierit, vel saltem in actis protestata fuerit apud Iudicem, se nolle esse tutricem, ex quo deduci videtur, quod non obstante, quod Auus, & Auia materni existant, non eximatur etiam à tali pæna, si curatorem ventri prægnanti non petierit, cum videatur eadem ratio militare; sed etiam, quia ex genere suo Mater, & Auia non sunt administratores bonorum nepotū, & neptum ex filia, vnde ad hoc munus debeant deputari, & per consequens debet Mater curare eos immitti in possessionem bonorum ventris nomine, seu saltem protestari in actis, se nolle esse curatricem eiusdem ventris.

5 Probabilius non excusatur.

Non negauerim tamen, quod, si Auus, & Auia materni matris nomine administrauerint rectè bona eiusdem ventris prægnantis, quamuis non fuerint propriè destinati curatores ad petitionem eiusdem matris, ex æquitate ea dem mater sit excusanda à tali pæna priuationis, sicut diximus in præcedentibus *sub hoc eodem titulo de tut. & curat. 1. prænot. 13. num. 19.*, quod excusetur à tali pæna, si non petito tutore rectè administrauerit

6 In aliquibus tamen casibus ex æquitate est excusanda.

strauerit bona pupillorum, quod etiam firmauit *Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. Mater sub n. 4. vers. decimo sexto excusatur*, qui etiam allegat *Rotam Romanam part. 9. recent. decis. 499. num. 17.*; quorum ratio ea potissimum est, quia causa finalis, ob quam iura induxerunt talem priuationem ob non petitum tutorem pupillis, vel curatorẽ ventri pregnanti, est, ne pupilli, vel venter prægnans destituatur congruis auxilijs, & debita custodia, & defensione; sed hæc ratio cessat, quando ipsa mater vel per se ipsam immediatè, vel per suos parentes administrationem bonorum rectè gerit, & pupillos, & ventrem custodit, ergo &c. Propter hanc rationem diximus *d. prænot. 13.*; quod, si mater, quæ tutorem non petijt intra tempus à iure præfinitum proprijs filijs impuberibus, eorum bona rectè administrauerit, eximatur à tali pæna priuationis.

---

§. LXXXIII.

An, si Mater prægnans freta auctoritate DD. curatorem ventri intra nouem menses non petierit, sed intra annum petierit tutorem, vel curatorem excusetur à pæna.

SVMMARIVM.

Exponitur status controuersia. 1.
Referuntur DD. sentientes matrem prægnantem ex æquitate habere annum ad petendum tutorem. 2.
Referuntur alij negantes habere huiusmodi annum. 3.
Mater freta auctoritate DD. concedentium annum distulit petitionem vltra nouem menses. 4.
Probabilius Mater in hac hypothesi excusatur à pæna. 5.

Disquisitio LXXXIII. Dissidium est inter DD., an mortuo marito, & existente ventre vxoris pręgnante eadem vxor teneatur intra nouem menses, vel
1 Sensus tituli explicatur.
quam primum potest petere eidem ventri curatorem, an verò possit a die obitus mariti differre petitionem ad annum; & licet cõmunius de rigore iuris statuant, quod teneatur petere, quam primum potest, & non possit differre ad annum, de æquitate tamen inter se discrepant.

Quandoquidem *Baldus in l. precibus C. de impub., & alijs substit. nu. 22. col. 4. vers. item dixi confestim, & cons. 288. quidam decessit ad fin. lib. 2., Altiatus cons. 231. alias 13. n. 9. lib. 9. tom. 3., Azo. in summa C. qui pet. tut.*, & alij quos citat, & sequitur *Stephanus Gratianus discept. for. c. 72. n. 20., & 21.* sustinent, quod de æquitate habeat annum, intra quem, si petierit tutorem, vel curatorem, non amittat ius ad successionem, & dicunt modo mitigatum esse rigorem *l. 2. §. confestim ad Tertul.*, de quo textu latè nos locuti fuimus in præcedentibus.

2 Referuntur DD. sentiẽtes matrem prægnantem posse ad annũ differre petere tutorem.

Ex aduerso alij, quos recensuimus, & secuti fumus supra *sub hoc eod. tit. de tut., & curat. 1. prænot 13. n. 36.*, inter quos *Baldus parum sibi constans cons. 432. iste casus rarissimè de facto contingit num. 1. vol. 2., Paulus de Castro cons. 147. postpositis auctoritatibus DD vers. vnum aliud est., Angelus in §. actionum n. 44. q. 25. instit. de act.* sentiunt matrem prægnantem non habere annum ad petendum ventri curatorem, sed teneri quamprimum potest petere; & hoc inductum est fauore eiusdem ventris, ne bona, quæ ad eum debent deuenire, dilapidentur, vel a custodia subtrahantur, antequam fætus edatur.

3 Referuntur alij sentientes nõ habere annum.

Mater, postquam interrogauit de onere petendi curatorem, auditis his DD. concertationibus acquieuit DD. ex æquitate annum concedentibus ad talem petitionem, & nonnisi intra annum elapsis iam nouem mensibus curatorem, vel tutorem petijt. Hinc orta est controuersia, an re vera eadem mater priuanda sit iure ad successionem, an vero èxcusanda ratione probabilis opinionis, quam induxerunt auctoritates DD. quos consulens dixit militare pro opinione concedente annum ad huiusmodi petitionem.

4 Mater freta auctoritate DD. concedentiũ annum distulit petitionẽ vltra nouem menses.

Respondeo, in hac hypothesi probabilius matrem excusari ab illa pæna priuationis, si distulerit vltra nouem menses petere, petierit tamen intra annum. In hanc responsionem propendet *Stephanus Gratianus discept. for. c. 72. num. 40., & seqq., Sardus decis. 58. n. 6. vsque ad 10.* Ratio ex eo deducitur, primo, quia hic agitur de pæna vitanda, in ordine ad quam sufficiunt rationes etiam non ita concludentes, pront habetur *in l. statu liber 14. de Quæstion., & in l. mores 9 §. vlt. de pænis, Cuiacius in tract. ad African. in l. 64. de furtis pag. 1130 lit. B.*, ergo interueniente auctoritate DD. excusantium à tali pæna, si tutor fuerit petitus intra annum, erit mater innixa tali auctoritate a tali pæna excusanda. Secundo, quia stante illa DD. discrepantia non dicimur propriè versari in dubio proprio,

5 Probabilius mater excusatur à pæna.

Rationes pro hac responsione.

& ſuſpenſiuo, ſed in dubio opinatiuo; in dubio autem opinatiuo, qui ſequitur rationem probabilem, non peccat, adeoque non poteſt eſſe pœnæ obnoxius. Tertio, quia contraria dicta DD. conſtituunt probabile dubium, an debeat petere mater curatorem ventri, quam primum poteſt, an vero poſſit intra annum; dubius autem error iuris excuſet à pœna, cum æquiparetur errori facti, & dicitur iuſtus nedum ad euitandum damnũ, ſed etiam ad lucrum conſequendum. *Baldus in l. in venditione ff. de vſucap. pro empt. n. 3., Bartolus in repet. l. Nerua n. 19. ff. depoſiti, Corneus in l. iuris ignorantia n. 7. vbi Iaſon. n. 2. C. qui admit., Cardinal. in clement. 1. §. ſanè oppoſ. 3. de vſuris.*

Solutiones contrariorũ.

Nec eidem matri poteſt obeſſe exceptio, quod debuerit conſulere peritiores, non fidere cuicunque; Non, inquam, poteſt obeſſe, quia, cum conſuluerit peritos, qui conſilium ediderunt claſſicorum DD. auctoritatibus innixum, potuit iuſtè ſecundum idem cõſilium procedere ſibi ſuadendo illud eſſe iuſtum, non vlterius indagando, an primum cõſilium fuerit rectum, nec ne, quod potiſſimum verificatur in perſonis, quæ non debent ſcire ex ſe ipſis, prout notant *Bartolus in l. in bonorum ad fin. ff. de bonor. poſ., Baldus in l. iuris ignorantia in fin., & ibi Iaſon, n. 9. C. qui admit.*

---

§. LXXXIV.

An tutor teſtamentarius tanquam ſuſpectus poſſit remoueri ex ſola culpa, & negligentia.

SVMMARIVM.

Exponitur titulus in ſuis terminis. 1.
Regulariter poſſunt tutores ex ſola culpa, vel negligentia remoueri, vt ſuſpecti. 2.
Etiam tutores teſtamentarij poſſunt remoueri, vt ſuſpecti ex culpa, & negligentia. 3.
Maioris culpæ eſt reus tutor teſtamentarius deficiens circa tutelam, quam datiuus, & quare. 4.
Iura multum fidunt tutori teſtamentario. 5.
Sententia aſſerens, quod, ſi tutor legitimus deliquerit ex culpa, & negligentia poſſit remoueri, vt ſuſpectus, ſecus, ſi deliquerit ex dolo. 6.
Sententia aſſerens non eſſe tutorem legitimum ex neceſſitate remouendum, ſed ex conſilio. 7.
Sententia aſſerens etiam ex dolo remouendum eſſe, ſed non exprimendam cauſam doli. 8.
Congruentius ſiue deliquerit ex culpa, ſiue ex dolo eſt illi curator adiungendus potius, quam remouendus. 9.

1 Factum in ſuis terminis.

DIſquiſitio LXXXIV. Conſtitutus fuerat Titius in teſtamento perfecto, & ſolemni per Caium tutor filiorum ſuorum impuberum, qui ſeruatis ſeruandis tutelam ſuſcepit. In eiuſdem tutelæ adminiſtratione in pleriſque ex culpa, & negligentia deliquit. Hic excitata fuit controuerſia, an ex illo capite culpæ, & negligentiæ præcisè poſſet tanquam ſuſpectus per Iudicem à tutela remoueri?

2 Regulariter tutores ex ſola culpa, & negligentia remouentur, vt ſuſpecti.

Tutores ſimplicitèr poſſe tanquam ſuſpectos remoueri ex ſola culpa, & negligentia docent *Bartolus in l. tutor, qui repertorium nu. 21. ff. de adminiſt. tut., Rolandus conſ. 73. n. 28. lib. 2., Oſaſcus deciſ. 58. n. 22., Menochius conſ. 471. n. 19. lib. 5.*, qui omnes procedunt in caſu, quo tutor non ex dolo, ſed ex negligentia aliqua non deſcripſerit in inuentario, & *Rota Romana in vna Romana tutelæ de Boncompagnis 18. Maij 1626. coram Vbaldo*, in ſimili cauſa nonnullorum non deſcriptorum in inuentario tutorem remouit tanquam ſuſpectum, cum ad effectum remotionis illa culpa leuis ſufficiat, nec requiritur dolus. Sed, an ſola negligentia, & leuis culpa ſufficiat ad remouendum tanquam ſuſpectum tutorem etiam teſtamentarium, id eſt, quod proponitur in præſenti diſcutiendum. Pro quo

3 Etiam tutores teſtamentarij poſſunt remoueri, vt ſuſpecti ex ſola culpa, & negligentia.

Reſpondeo, etiam tutores teſtamentarij poſſunt remoueri tanquam ſuſpecti ex ſola culpa, & negligentia *Ioannes Gutierez de tutelis part. 2. c. 18. n. 23., Maluaſia conſ. 113. n. 32.* per textum *in l. 1. §. oſtendimus ff. de ſuſpect. tut., Albanenſis conſ. 580. nu. 2., Gozadinus conſ. 17. nu. 4., Rota Romana in d. Romana tutela coram Vbaldo ad fin.* Ratio ex eo deducitur, quia *in d. l. 1. §. oſtendimus ff. de ſuſpect. tut.* ex ſola culpa, & negligentia tutores omnes à munere tutelæ ſunt remouendi, nec ibi fit diſtinctio inter tutores datiuos, & teſtamentarios, ergo, & hæc diſpoſitio debet intelligi etiam quoad tutores teſtamentarios, quod enim lex non diſtinguit, nec nos diſtinguere debemus; hoc idem habetur *in §. oſtendimus inſtit. de ſuſpect. tut.*, & clarius idem reſultat *ex l. Quidam decedens ff. de adminiſt. tut.* vbi ſignantèr ſic legitur: *Et ait Iulianus tutores niſi bonam fidem in adminiſtratione præſtiterint, damnari debere quamuis teſtamento &c.* vbi *Gloſa in verb. ſenſerit*, non ſolum deeſſe bonam fidem in dolo cognoſcit, ſed etiam in culpa.

Iura, quibus innititur reſponſio.

Adde, quod maioris pœnæ reus videtur

tur

tur tutor testamentatius negligens curá, & administrationem pupillorum, & re-

4

Maioris culpæ est reus tutor testamétarius deficiens in tutela, quam datiuus.

rum pupillatium suoq; in munere deficiens ex culpa, quam tutor datiuus, siquidem ille lædit fiduciam, quam de ipso testatot habuit, quo intuitu eximitur à plerisque oneribus, quibus alij datiui, & legitimi subduntur, puta ab onere satisdationis, à iuramento, &c. ergo, si contta fidem ipsi præstitam negligentèr, & eulpabilitèr se gesserit, æquè poterit repelli à munere eidem collato, ac si esset tutot datiuus.

Adde secundo, quod, sicuti iura ma-

5

Iura plurimum fidunt tutori testamentario.

ximè fidunt tutoti testamentario, eique plurimum deferunt, & quidem magis, ac defetant alijs tutoribus, ita maiorem curam, & diligentiam ab eodem videntur esigere, adeoque, si defecerit à tali cura, & diligentia, non erit, cur in pænam fidei non seruatæ non possit tanquam suspectus temoueri.

Sed, an hoc idem, quod dictum est de tutoribus testamentatijs intelligendum

6

Sententia asserens, quod, si tutor legitimus deliquerit ex culpa, & negligētia, possit remoueri, vt suspectus, non sic, si deliquerit ex dolo.

etiam sit de tutoribus legitimis? Dubium excitat textus *in l. si tutor ff. de suspect. tut.*, vbi diei videtur, quod non remoueantur, sed eis alius iungatur, seu sit iungendus. Circa hoc dubium *Stephanus Gratianus discept. c. 532. n. 34.* considerat, an tutor deliquerit ex dolo, an vero ex sola culpa, vel negligentia, & quidem, si ex sola culpa, & negligentia, sentire videtut, quod possit remoueri, sicut quilibet alius, quia per talem remotionem ex sola negligentia, & culpa eisdem non inuritur nota infamiæ, per textum *in §. suspectus autem Instit. de suspect. tutor.*, *Bartolus, Dinus, & alij in l. si tutor 9. ff. eod. tit.*, *Corneus cons. 575. num. 6. lib. 3.*, *Gozadinus cons. 17. nu. 13.*, *Vrsillus ad Afflictum decis. 207. ad fin.*; si vero ex culpa dolosa, seu dolo, & fraude deliquerit, sentit non esse remouendum, quia eidem inureretur quædam nota infamiæ, quæ est ratio ponderata *in d. l. si tutor ff. de suspect. tut.*, sed tunc alius eutatot eidem esset adiungendus.

Sed hac ratione mitius puniretur, dum grauius deliquit, nempè dum deliquit ex dolo, & fraude, & grauius puniretur, dum leuius peccauit nempè per solam negligentiam; non enim denegari potest, quin dolus sit grauius delictum, & importet grauiorem noxam, quam simplex negligentia, vel leuis culpa. Quamobrem potius in hoc videtur attendendus textus *in l. 1. §. ostendimus ff. de suspect. tut.* vbi non solum testamentarij, sed etiam legitimi accusati possunt de suspectis, & remoueri, quam textus *in d. l. si tutor ff. eod. tit.*, vbi legitimi non remouentur, sed illis adiungitur curator. In hac iurium antimonia, & rationum pro vtraque parte dissonantia arduum est ab hac difficultate per rectam resolutionem egredi. Nonnulli *apud Glosam in d. l. si tutor, ff. de suspect. tut.*, arbitran-

7

Sententia asserens tutorem legitimū esse remouendum, non ex necessitate, sed ex cōsilio.

tur eandem legem non dispositiuè se habere, sed consultiue, quatenus suadeat eidem tutori legitimo, & coniuncto adiungendum curatorem, non tamen obliget ad non remouendum, quamobrem Iudex poterit remouere. Alij statuunt absolutè remouendum esse, etiam si deliquerit ex dolo, sed in sententia remotionis non debere interseri causam doli, ne eidem inuratur nota infamiæ. Mihi magis arridet, quod siue ex negligentia, siue es dolo deliquerit, potius

8

Sententia asserens etiam ex dolo remouendum, sed non exprimendam causam doli.

eidem ex quadam æquitate sit adiungendus curatot, quam remouendus, & hoc propter quandam reuerentiam, quæ eisdem tutoribus legitimis debetur ob sanguinis coniunctionem, ratione cuius abstinendum est à remotione, ne per illam nota infamiæ illi inutatur; Nec hæc aduersantur *d. l. 1. §. ostendimus, ff. de suspect. tut.*, quia hæc lex solum dicit, quod etiam legitimi tutores possint accusati; accusatio autem indiferēs est, vel vt coniungatur cum remotione, vel cum additione vlterius tutoris, vel cu-

9

Congruētius est illi curator adiungēdus, quā ipse remouendus.

ratoris; Neque obstare possunt ea, quæ mox dicebantur, quod remotio scilicet, quæ non sit ex dolo, non inferat infamiam, adeoque non sit, quod, si legitimus tutor defecerit solum ex incuria, & negligentia non sit remonendus adinstar aliorum datiuorum, & testamentariorum; adæquata etenim ratio, ob quam legitimi *in d. l. si tutor. ff. de suspect. tut.*, excipiuntur ab aliorum regula est infamia, quæ eisdem inureretur in illa remotione; quando autem remouerentur non ob dolum, sed ob negligentiam nulla infamia eisdem inureretur adeoque non est, cur non possit remoueri;

Solutiones contrariorū.

Non, inquam, obstare possunt, quia licet ex genere suo remotio ob negligentiam non afferat infamiam, prout tamen est remotio in consanguineo, quandam speciem infamiæ videtur ingerere, vnde talis remotio, prout est in coniunctis appellati solet actio famosa, & ex comuni conceptu ingerit quoddam dedecus, licet daremus, quod propriè non ingerat infamiam iuris, quod satis est ad præsens institutum, cum iura inter consanguineos auertere satagant quodcunque potest inducere notam dedecoris.

§. LXXXV.

An tutor accusabilis ob solemnia non facta, si eadem solemnia adimpleat ante accusationem, eandem accusationem elidat.

SVMMARIVM.

Refertur sensus tituli, & exponitur. 1.
Sententia asserens administrationem exercitam ante præstita fatalia inualidam esse, etiam quod postea fatalia posita sint. 2.
Explicatur mens Caualcani circa hoc quoad omnia ipsius dicta. 3.
Etiam si administratio non teneat ante adimpleta solemnia, si tamen adhuc exerceat, potest accusari. 4.
Si tutor solemnia adimpleuerit, antequam accusaretur, non potest ex hoc capite amplius accusari, & remoueri vt suspectus. 5.
Reprobatur ratio Caualcani. 6.
Posita accusatione de non adimpletis solemnibus non est audiendus, sed remouendus. 7.

DIsquisitio LXXXV. Regulare est; quod ante assumptionem tutelæ, seù ante administrationem eiusdem tutor electus teneatur solemnia præmittere, nempè satisdare, iurare rem pupillorum saluam fore, & iuxta multorum placitum propria bona expressæ hypothecæ subijcere in cautionem bonorum pupillarium, de quibus latè erit sermo in sequenti volumine. Tutor hæc non

1 Expositio plana tituli.

præmisit, vnde aditus patebat eiusdem accusationi, quam iam moliebantur consanguinei proximiores pupillorum; Sed antequam prædicta accusatio in effectu poneretur, ipse tutor requisita solemnia adimpleuit: Quæsitum hic fuit, an possit adhuc accusari, & remoueri tanquam suspectus, an vero possit per illud solemnium adimplementum accusationem illam elidere, & continuare in administratione tutelæ?

Difficultas hæc dependet in parte ab ea quæstione, an assumptio tutelæ, antè adimpleta solemnia, teneat, an verò simpliciter ab initio irrita sit, itá vt nequeat conualescere, quantumuis postea eadem solemnia adimpleantur; circa quam quæstionem *Caualcanus Borgiinus tract. de tut. & Curat. n.23.*, asserit, quod, si tutor solemnia non præstiterit, & pro tutore se gesserit, iudicium erit nullum, & administratio inualida etiam, quod postea omnia prædicta fecisset; & ad hoc allegat *Bartolum in l. legitimos in princip. n. 7. & seqq. ff. de legit. tut., Aretinum in §. actionum num. 33. in fine, & num. 24. Instit. de action., Ruinum cons. 29. num. 10. vol. 5., Stephanum Aufrerium in addit. ad capel. Tholosan. decis. 63.*

2 Sententia asserens administrationem ante præstita fatalia inualidam esse etiam si postea fatalia posita sint.

Sed nou percipio, quomodo hæc cohæreant cum ijs, quæ *idem Caualcanus* docuit *num. 20.* nempe, quod, si iste tutor, antequam accusaretur suspectus, solemnia non facta fecerit, non possit per hoc accusari postea suspectus, & sit admittendus ad agendum, & ad administrandum; si etenim iudicium est nullum, & administratio inualida, non obstante, quod postea illa solemnia peracta sunt, quomodo ex eo, quod subsequentèr eadem solemnia posita sint, tollitur accusatio eiusdem tanquam suspecti, & admittitur ad agendum, & ad administrandum? Hæc certè contrarietatem videntur præseferre; nec ad tollendam hanc contrarietatem valet dicere, quod ea, quæ dixit *Caualcanus d. num. 20.* intelligenda sint, quando tutor ante adimpleta illa solemnia non cæpit administrare, quia, si postea ea adimpleuerit, non poterit accusari; ea verò, quæ dixit *num. 23.* intelligenda sint, quaudo iam administrauit, quia tunc verè illa administratio intelligitur irrita; Non valet inquam, hæc dicere primo, quia *idem Caualcanus num. 21. in fin.* dicit, quod ea, quæ dixit *d. n. 20.* præcipuè procedant, si iste tutor ante solemnia cæpisset administrare, ergo falsum est, quod procedant tantum, quando non cæpit administrare, secundo, quia, si non cæpit administrare, antequam solemnia illa perageret, quomodo posset accusari de suspecto ob non adimplementum solemnium? cum illa solemnia tantum sint præstanda ad effectum administrationis.

3 Explicatur mens Caualcani adamussim.

Quamobrem sentio, quod licet administratio illa non teneat ante adimpleta solemnia, nihilominus, quia de facto exercetur, nec deponitur potest contra tenentem, & exercentem fieri accusatio ad effectum vt deponatur, & exercens remoueatur; Quod, si postea solemnia illa adimpleantur, tunc videtur, cum omnia sint requisita, incipere subsistere, & sic actione tutelæ obligatur tutor etiam quoad antecedentèr administrata. Quibus suppositis.

4 Etiam si administratio non teneat ante adimpleta solemnia, si tamen adhuc exerceat, potest accusari.

Respondeo ad quæsitum, quod, si tutor solemnia adimpleuerit antequam accusaretur, non possit ex hoc capite amplius accusari, vt suspectus, nec remoueri. *Bartolus in l. tutor qui repertorium*

col.2. ff.de administ.tut., *Capicius decis. 50. in causa Iacobi nu.3.*, *Decius cons.274.n.6.*,

5 Si tutor solemnia adimpleuerit, antequam accusaretur non potest amplius accusari, nec ex hoc capite remoueri.

Ruinus cons.29.num. 10. cons. 89. num. 4. vol.5. & cons.208. num.15. vol.1.; quod tamen secus se haberet, si fuerit accusatus, antequam solemnia adimpleret. Non moueor ea ratione, qua mouentur *Caualcanus Borgninus de tut. & curat. nu.20.*, & *Ioannes Gutierez, item de tut. & curat. part.2.c.18.num.16.*, quod scilicet nullibi reperiatur in iure cautum, intra quod tempus debeant huiusmodi solemnia fieri, adeoque possit tutor eadem facere pro quocunque tempore, dummodo præstet ante accusationem. Non moueor, inquam, hac ratione, quandoquidem licet in iure non præscribatur potius vna dies, quam altera ad ponenda hæc solemnia, præscribitur tamen, vt hæc præstentur, antequam tutela exerceatur,

6 Reprobatur ratio Caualcani.

prout colligitur ex *Bartolo in d.l.legitimos in princip.num.7.& seqq. ff.de legit. tut.* & *ex Aretino in §.actionum nu. 33. in fin. & num.34. Instit. de actionib.*, vbi quod administratio facta ante prædicta solemnia omnino inualida sit, & sic antequam tutela exerceatur, essent huiusmodi solemnia præstanda.

Alia igitur ratione moueor, quia scilicet licet exercitium tutelæ ante adimpleta talia solemnia secundum se sit nullum; nihilominus non est, cur re adhuc integra permanente, nullaque facta oppositione non possit tutor ea solemnia adimplere, & sic reintegrare eandem tutelam subsistentibus in hoc ijs, quæ docet *Decius in l.ambiguis §.non est nouum n.4. & seqq. ff.de reg.iur.* nempe, quod in similibus, quando factum aliquod est prohibitum a lege parte non opponente valeat, & teneat, parte verò opponente non valeat, quod exemplificans in præ-

Rationes pro responsione.

senti casu *Caualcanus Borgninus de tut. & curat. num.21. in fine*, dicit hæc potissimum locum habere, si tutor sic datus ante adimpleta solemnia cæpisset administrare, ad quod allegat *Plotum in l. si quando num.389. vers.13.C. vnde vi*, ergo, si ante exceptionem, seu oppositionem solemnia illa adimpleuerit, non poterit postea ex hoc pati aliquam oppositionem.

7 Posita attestatione de nō adimpletis solemnibus nō est amplius audiendus, sed remouendus.

Quod autem posita accusatione, seu post positam querelam de non positis huiusmodi solemnibus non amplius sit audiendus, sed remoueri debeat pluribus exemplis, & paritatibus euincitur *ab eodem Caualcano loc. cit.*, & primo exemplo deducto ab vxore, quæ, si fuerit relicta vsufructuaria omnium bonorum mariti, & accusata de dilapidatione eorundem bonorum, & de satisdatione non præstita, & inuentario non confecto non potest post talem accusationem, & querelam factam ab hærede excipere, quod satisdabit, & inuentarium conficiet ad effectum vitandi pœnam priuationis, aliaque à iure præscripta, cuius rationem reddit *Bellonus cons.54.num.11.*, quia scilicet posita querela, seu accusatione iam ius quæsitum est hæredi accusanti, seu querelanti; secundo paritate donationis excedentis summam quingētorum aureorum, quę, nisi insinuetur, non valet; in hac enim, si interposita fuerit querela de negatione talis insinuationis, non erit amplius locus pœnitentiæ eo, quod ratione talis oppositionis res non est amplius integra, & ius quæsitum est excipienti, seu opponenti, prout habetur *in l.videmus §. penult. ff. de locat.*, *Paulus de Castro cons. 260. sub num.6. vol. 1.*, *Alexander cons. 137. perspectis num.13.vol.7.*, ergo etiam si tutor non præstiterit solemnia, & accusatus fuerit de eisdem non positis non poterit post querelam se excusare, sed tanquam suspectus erit remouendus.

---

§. LXXXVI.

An in datione tutoris patronus, & extraneus æquiparentur.

SVMMARIVM.

Exponitur status disquisitionis per diuersas comparationes. 1.

Sententia asserens, quod, si nec patronus, nec extraneus instituerit pupillos hæredes, tutor ab eisdem datus sit à Iudice confirmandus. 2.

Sententia asserens non facta institutione tutorem ab eisdem datum non tenere, nec esse confirmandum. 3.

Sententia asserens datum à patrono sine institutione esse confirmandum, non sic datum ab extraneo. 4.

Hæc tertia sententia præfertur. 5.

Tutor datus ab extraneo pupillis, quos hæredes instituit, est à Iudice confirmandus. 6.

Sententia docens tutorem datum à Patrono non indigere inquisitione in ordine ad bona relicta per eundem Patronum. 7.

Benè tamen quoad bona, quæ aliunde habent liberti. 8.

Probabilius indiget inquisitione quoad omnia. 9.

DIsquisitio LXXXVI. Plura dicta sunt in præcedentibus de datione tutoris per extraneum alterius pupillis;

Pri-

1 *Exponitur quæsitum per varias comparationes.*

Primo, quod ab eodem extraneo non possit tutor constitui filijs alienis impuberibus, nisi illos hæredes instituat, & si non instituerit, & nihilominus tutorem dederit, hic non sit à Iudice confirmandus; si verò instituerit eosdem hæredes, teneat quidem ille tutor, sed sit à Iudice confirmandus. Secundo, quod tutor ab eodem extraneo datus non solum indigeat confirmatione, sed etiam inquisitione &c. Modo comparando patronum in ordine ad suos libertos cum extraneo in ordine ad alienos liberos speciatim inquirimus de tutoribus per eos datis, an possint, & debeant, vel non possint, & non debeant eodem modo confirmari, & an indigeant, vel non indigeant confirmatione, & inquisitione?

2 *Sententia asserens, quod, si neq; patronus, neque extraneus pupillos hæredes instituerint tutor ab eisdem datus sit confirmandus à Iudice.*

Prima difficultas, quæ circa præsentem titulum venit examinanda, est an, si tàm patronus, quàm extraneus non instituerit hæredes ille libertos suos, ille filios alienos, & dederit vterque tutorē, ille tutor sit à Iudice confirmandus? Circa quam inuenio DD. alios æquiparantes in hoc patronum extraneo, alios discernentes in hoc eosdem ab inuicem. Inter æquiparantes eosdem ad inuicem alij dicunt, quod tàm patronus, quàm extraneus, si tutorem dederit sine institutione tutor ille possit à Iudice confirmari, atque huius opinionis est *Glosa secunda in l. naturali in principio ff. de confirm. tut.* atque etiam pro hac opinione *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 4. nu. 13. vers. sed in hoc variant* allegat *Bartolum, & Albericum in l. si Patronus ff. de confir. tut.*;

3 *Sententia asserens non facta institutione tutorem ab illis datum non tenere, nec confirmandum esse.*

Alij è contra, inter quos *Odofredus in l. 1. C. de testam. tut., Baldus in §. permissum in vers. quos Instit. de tut.* sentiunt, quod nec patronus, nec extraneus possit tutorem dare, nisi libertos, & filios alienos instituerint, &, si dederit sine institutione, ille tutor non sit à Iudice confirmandus siue ab vno, siue ab altero fuerit datus.

4 *Sententia docens datum à Patrono sine institutione confirmandum esse, nec sic datū ab extraneo.*

Inter discernentes autem in hoc patronum ab extraneo numerantur *Glosa vlt. in l. si patronus ff. de confirm. tut., Cinus, & Angelus in l. 1. C. de testam. tut., Angelus in l. 1. C. de confirm. tut., Cumanus in l. 4. ff. de testam. tut., Bartolus in l. naturali §. 1 num. 3. ff. de confirm. tut.*, qui omnes sustinent, quod, si à patrono fuerit datus libertis suis in testamento tutor, siue eisdem institutis, siue non institutis tutor ille sit à Iudice confirmandus, si verò fuerit datus ab extraneo filijs alienis, quos non instituit, non sit à Iudice confirmandus.

Respondeo, in hoc esse discrimen inter tutorem datum a patrono libertis, & tutorem datum ab extraneo alienis pupillis, vt datus à patrono sit confirmandus à Iudice, siue ipse patronus libertos impuberes instituerit hæredes, siue non instituerit, datus verò ab extraneo non sit à Iudice confirmandus, nisi alienos pupillos instituerit hæredes. 5 *Hæc tertia sententia præfertur* In hanc responsionem præter allegatos DD. consentiunt *Portius instit. de tutelis §. permissum num. 5., Gregorius Lopez in l. 3. tit. 16. partit. 6. glos. 1., Salicetus in l. 4. nu. 2. & 3. C. de testam. tut.* Moueor non solum propter communem DD. auctoritatem, propter quam *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 4. num. 13. vers. ego vero*, dicit ab ea non esse recedendum, nec in consulendo, nec in iudicando; sed etiam propter rationem iuris, quod habet patronus in libertis suis, & præcipuè eisdem succedendi ab intestato per textum *in l. fin. C. de bon. libert.*, & sub hac ratione quoad tutelam eorundem libertorum præfertur eorum Matri, & Auiæ per ea, quæ docuimus *sub hoc eod. tit. de tut. & curat. 1. prænot. 16. num. 4.*; ex quibus infero, quod, sicuti Matris sequenda est voluntas, quæ dedit filijs suis impuberibus tutorem etiam si eosdem filios non instituerit hæredes, ita eorundem patronorum in ordine ad tutorem, quem ipsi dederunt libertis suis, sit sequenda eorum voluntas, etiam si eosdem libertos non instituerint, ad differentiam extranei, qui, cum nullum ius habeat in filios alienos, nisi illos instituerit, non habet ius dandi, nec vt datus per Iudicem confirmetur; & contra omnem iuris ordinem videtur tribuere eandem facultatem extraneo, qui nihil iuris habet cum alienis pupillis, qui tribuitur matri in ordine ad proprios filios, ac patrono in ordine ad proprios libertos.

Rationes pro hac tertia sententia

Si tamen extraneus pupillos, quibus tutorem testamento dedit, hæredes instituerit, certum videtur, quod hic tutor sit à Iudice confirmandus præcipuè in ordine ad bona, quæ ipse extraneus eisdem reliquit; nam in hac hypothesi, licet extraneus nihil iuris habeat quoad filios quoad se, habet tamen ius ratione institutionis per ea, quæ in præcedentibus commendauimus. Dixi *præcipuè in ordine ad bona, quæ ipse extraneus reliquit*, nam si pupilli aliunde bona haberent, in ordine ad eadem potest tutor sic datus ab extraneo non subsistere, si quoad eadem pupilli alium tutorem habuerint; quod, si alium non habuerint, poterit ille etiam confirmari per ea, quæ diximus *sub hoc eod. tit. de tut. & curat. 1. prænot. 5. num. 18. & 19.*, quæ ibidem sunt recolenda.

6 *Tutor datus ab extraneo pupillis, quos instituit est confirmandus à Iudice.*

Secunda difficultas, quæ sub hoc titulo

tuln venit examinanda, erit, an tutor a

7 *Sententia docens tutorem datum à Patrono non indigere inquisitione in ordine ad bona relicta ab eodem Patrono.*

Patronn datus libertis indigeat inquisitione, antequam à Iudice confirmetur? Circa quam quæstinnem etiam diuisos inuenio DD. Alij sustinent, tutorem non indigere inquisitione in ordine ad bona per Patronum relicta libertis, benè tamen in ordine ad bona, quæ aliunde habent ipsi liberti; atque huius opinionis sunt *Cinus, & Angelus in l. 1. C. de testam. tut., Angelus in l. 1. C. de confirm. tut., Bartolus in l. naturali §. 1. nu. 3. ff. de confirm. tut., Portius in §. permissum Instit. de tutel.* Alij, inter quos *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 4. num. 13. vers. similiter etiam enumerat Gregorius Lopez, & Salicetus*, sustinet in ordine ad quæcunque

8 *Benè tamen quo ad bona, quæ aliunde habent liberti.*

bona necessariam esse huiusmodi inquisitionem. Alij distinguunt, vel etenim libertus institutus nihil vltra in bonis habet, vel quid aliud habet; si nihil vltra habeat, asserunt non indigere tutorem datum inquisitione, si verò quid vltra habeat, tutor datus absolutè inquisitione indigeat.

Respondeo secundo, probabilius esse indigere inquisitione quoad omnia.

9 *Probabilius indiget inquisitione quoad omnia.*

Rationem ex eo desumo, quia DD. parificant tutorem datum a Matre filijs quos hæredes instituit, & datum à Patrono libertis, quos etiam hæredes vocauit, vt in specie *Ioannes Gutierez, de tut. & curat. part. 1. c. 4. nu. 13. ego vero circa primum*, sed tutor datus a Matre filijs quos hæredes instituit, indiget nedum confirmatione, sed etiam inquisitione per ea, quæ commendauimus in præcedentibus *sub hoc eod. tit. de tut. & curat. 1. præ-not. 5. num. 10.* per textum *in l. Pater ff. de testam. tut.* Ibi *Sed & inquiri in eum, qui Matris testamento datus est tutor oportebit, & in l. Mater C. eod. tit.*, ergo etiam tutor

Rationes pro hac responsione.

datus a Patrono libertis suis, quos hæredes instituit, indigebit nedum confirmatione, sed etiam inquisitione; Neque dicas, quod in hoc nil pluris haberet patronus, qui libertos hæredes instituit, quique eis tutorem dederit, ac habeat extraneus, qui filios alienos instituit, eisque tutorem designauit, siquidem hic tutor est confirmandus per inquisitionem; Contra enim impugnaberis, quia licet in hoc parificentur, discernuntur tamen in alijs, & præcipuè in eo, quod tutor datus a Patrono, qui non instituit hæredes libertos, est confirmandus à Iudice vt supra, tutor autem datus ab extraneo sine institutione non est confirmandus. Cæterum, si in omnibus valeret hoc genus arguendi, possem ego dicere, quod, si tutor datus à Patrono libertis suis, quos instituit, non indigeret inquisitione, non plus iuris haberet Pater quoad tutelam collatam in testamento minus perfecto in ordine ad suos filios, ac habeat patronus in ordine ad suos libertos, si tutor datus pro istis non indigeret inquisitione.

---

§. LXXXVII.

An tutor datus à Patre in testamento perfecto per verba minus apta sit confirmandus à Iudice, seu indigeat confirmatione.

SVMMARIVM.

Exponitur quæsiti ratio in suis terminis. 1.
Variæ considerationes circa titulum. 2.
Exponitur mens Ioannis Gutierez circa hoc. 3.
Tutor datus in testamento cæteroqui perfecto, per verba, quæ secundum communem consensum important tutelam, non indiget confirmatione. 4.
Etiam non indiget confirmatione, siue verba sint apta ad inferendum tutorem, vel curatorem. 5.

DIsquisitio LXXXVII. Titius suum condidit vltimum testamentum seruatis omnibus iuris solemnitatibus, vocatisque suis filijs impuberibus æqualiter hæredibus, eisdemque constituto tutore, sed per verba minus apta ad significandam tutelam, cum æquè possent eadem inferre curam, vel tutelam, vel fortè etiam simplex gubernium. Suppono tamen, quod illa verba communitèr accipiantur vt inferentia tutelam, & subinde quæro, an sic datus, & acceptus vt tutor per illa verba minus apta ratione improprietatis sermonis, quo datus est, indigeat confirmatione, perinde, & si datus esset in testamento minus perfecto. 1 *Exponitur factū.*

Hanc controuersiam sub his terminis apud neminem vidi examinatam. Hoc vnum inuenio apud *Ioannem Gutierez. de tut. & curat. part. 1. c. 3. num. 18.*, quod relictus curator bonorum filijs impuberis censeantur etiam ex volnntate relictus tutor, quod colligit *ex l. 1. ff. de confir. tutor.*, & dicit, quod possit confirmari, vt tutor, & præferri legitimis tutoribus. Hoc explicat I.C. ibi, quando testator in suo testamento dixit. *Rogo te habe curam rerum*, & notat *Bartolus in d. l. 1 num. 1. ff. de confirm. tut., Aretinus cons. 65. col. 2. in medio, Caldas Pereira in repet. l. si curatorem habens in verb. sine curatore constitutus nu. 16. C. de in integ. restit. min.*, 2 *Variæ considerationes circa titulum.*

ubi dicunt in ea hypothesi intelligi constitutum tutorem filiorum suorum. Sed an cum ex alio quocunque capite testamentum, quo taliter datus est, intelligatur perfectum, cum fuerint seruatae omnes iuris solemnitates, & nominati hæredes de iure, & seruato iuris ordine ille tutor sic datus per illa verba; indigeat confirmatione, an verò eadem non indigeat, perindè, ac si in testamento vsquequaque perfecto datus esset per verba explicitè significantia tutelam illud est, quod nos mouet ad hanc quæstionem excitandam, ac resoluendam.

3 Exponitur mens Ioannis Gutierez circa hoc

Idem *Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. d. c. 3. n. 19.* notat ex triplici capite posse dici tutorem esse minus legitimè datum in testamento, vel scilicet ex persona dantis, vel ex persona eius, cui datus, vel ex modo dandi, & ex quocunq; ex ijs modis intelligatur tutor minus legitimè datus, asserit requiri Iudicis confirmationem, qui suppleat id, quod deficit, vel ex parte dantis, vel eius, cui datur, vel ex modo, quo datur. Signantèr verò loquens de modo, quo minus perfectè datur, dicit, quod tunc est, quando per verbà minus apta ad significandam tutelam expressus est; vndè subdit, quod ad hunc effectum multum interest considerare verba, quibus datus est.

4 Tutor datus in testamento cæteroqui perfecto per verba, quæ secundum comunē sententiā, & non obliqua importēt tutelam, non indiget confirmatione.

Respondeo, si tutor in testamento cæteroqui perfecto datus fuerit per verba, quæ secundum communem consensum, & non obliquam interpretationem importet tutelam iuxta ea, quæ latè diximus plures casus referendo importantes tutelam *sub hoc eod. tit. de tut. & curat. 1. prænot. 8. à num. 11. vsque ad 21.* non indiget confirmatione; a qua responsione non videtur dissentire *Ioannes Gutierez d. c. 3. num. 19. vers. neque absque confirmatione*, dum dicit, non esse omnino necessariam expressam, & specificam mentionem tutoris, aut tutelæ, sed satis esse, si per alia verba æquipollentia detur tutor. Rationem ex eo deduco, quia in hac hypothesi nihil deest, quin hic tutor pleno iure subsistat, cum adsit testamentum vsquequaque completum, persona, quæ datur, apta ad tale munus, persona, cui datur, idonea ad recipiendum tutorem, & voluntas testatoris dantis sufficienter manifestata, ergo non est, cur pleno iure tutor sic datus non debeat sustineri, perindè, ac si datus esset in testamento vsquequaque perfecto.

Sed quid dicendum erit, si sit datus in testamento, cæteroqui perfecto per verba, quæ æquè apta sint manifestare, & importare tutorem, ac curatorem? An tunc indigebit confirmatione? Credérem etiam regulariter in hac hypothesi non indigere confirmatione, nam vel filij, quibus datus est à Patre in testamento per illa verba indifferentia sunt adhuc impuberes, vel facti puberes; si primum; intelligi debet datus iuxta indigentiam personarum, quibus datur; impuberes autem potissimum egent tutore; si secundum; illa verba potius referenda sunt ad significandum curatorem, & sic sumus extra statum quæsiti, cum illa verba non possint referri ad significandam tutelam, cum illi, quibus datur, non sint capaces tutelæ; sicque iuxtà primum sensum non indiget confirmatione; iuxtà secundum, cum non possit dari, vt tutor, nec potest confirmari vt talis.

5 Etiam nō indiget confirmatione, si verba apta sint æquè ad significandum tutorem, vel curatorem.

§. LXXXVIII.

An curator datus in testamento filijs etiam impuberibus formaliter, vt curator, indigeat confirmatione.

SVMMARIVM.

Exponitur sensus quæsiti. 1.
Procedit de curatore dato filijs impuberibus. 2.
Curatores dati filijs impuberibus in testamento perfecto non indigent confirmatione, bene tamen dati in testamento imperfecto. 3.
Soluuntur argumenta opposita. 4.

DIsquisitio LXXXVIII. Non dubitauerim filijs etiam impuberibus posse per testatorem constitui in testamento curatorem formalitèr, vt talem, quod contingeret primo, si idem testator eundem constituisset in ordine ad certam tem ad terminos *l. certarum, & duabus seqq. ff. de testam. tut., & §. certæ Instit. Qui testam. tut.*; secundò, si destinasset ad res tantum, non in ordine ad personam pupillorum ad terminos eorum, quæ tradunt *Glosa in §. 1. verb. dari Instit. de tutel., & in §. ad certum verb. persona Instit. Qui testam. tut., Marianus Socin. cons. 97. n. 6. lib. 1., Alexander cons. 44. nu. 15. lib. 5.* nempè, quod tutor detur principaliter personæ, & nonnisi secundario rebus; è contra verò curatorem detur rebus, & non personæ, vel saltem minus principalitèr personæ; tertio, secundum aliquos, si destinauerit sub expressis terminis curato-

1 Facti series dilucidè exposita.

ratoriq; Hoc iam ſuppoſito inquirimus, an curator ſi cdatus per Patrem in teſtamento perfecto, & ſolemni ſit plenè curator, uec indigeat aliqua confirmatione, ſicuti noo indiget tutor, &, ſi fuerit datus in teſtamento mious perfecto, & ſolemni ſit confirmandus, eo modo, quo tutor.

2 Procedit de curatore dato filijs impuberibus.

Procedit potiſſimum quæſitum loquendo de filijs impuberibus, nam quoad puberes, non videtur poſſe locum babere, cum eiſdem inuitis non poſſint in teſtamento dari curatores, prout notaot *Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c.19.n.29., Mynſingerius in §. maſculi quidem puberes Inſtit. de curat. in verb. teſtamento non dantur, Gloſa Inſtit. de curat. in princip.* Hæc procedunt regularitèr loquendo, quod ſcilicet puberibus inuitis non dantur curatores, nam quandoq; etiam inuiti illos recipere compelluntur, prout diximus *ſub hoc eod. tit. de tut., & curat. 1. pranot. 7. nu. 5.*

3 Curatores dati in teſtamento perfecto, non indigent confirmatione, benè tamen dati in teſtamento imperfecto.

Reſpondeo. Si pater in teſtamento perfecto, & ſolemni dederit filijs ſuis impuberibus curatores ſob proprijs terminis curatoris iuxta modos ſupra explicatos, vtique pleno iure bi tenent, & ſine Iudicis confirmatione poſſunt curam gerere; ſi vero dederit in teſtamento minus perfecto, & minus ſolemni, tenent quidem, ſed indigent confirmatione. Rationem ex eo deduco, quia Pater habet poteſtatem dandi huiuſmodi curatores, & filij tunc maximè cura indigent, & ſuppoſita poteſtate, & indigentia ſupponuntur interuenire omnia, quibus planè publicè, & ſolemnitèr euincitur eadem poteſtas cum voluntate coniungi ad conſtituendum illum curatorem, ergo, ſi fuerit conſtitutus in teſtamento perfecto, & ſolemni abſolutè tenebit ad inſtar tutoris, ſi vero in teſtamento minus perfecto, & ſolemni, tenebit quidem, ſed indigebit confirmatione.

4 Soluuntur argumenta oppoſita.

Neque obſtare poteſt textus *in l. ſi filio ff. de confir. tut.* vbi *Gloſa* aſſerit dationem curatoris in teſtamento etiam ſolemni non ſubliſtere, per textum *in §. 1. in verſ. ſed curatorem Inſtit. de curat.* Non, inquam obſtare poteſt, quia ea, quæ dicuntur in allegatis iuribus ad ſummum vim habere poſſunt, quando curator daretur adultis, ſeu filijs egreſſis limites impubertatis, ſecus, quando datur impuberibus, quia tunc ratione impubertatis curator induit omnes conditiones, quæ competunt tutoribus, & licet nos diximus *ſub hoc eodem titulo de tut., & curat. 1. Pranot. 27. n. 8. in fin.*, quod curatores teſtamento dati non habeant locum, niſi per Iudicem confirmentur ad differentiam tutorum, qui, quando dati ſunt in teſtamento valido, & ſolemni, non indigent confirmatione; hæc tamen ad ſumum valent, quando huiuſmodi curatores dantur egreſſis limites impubertatis, non quando dati ſunt impuberibus, quia tunc fauore impubertatis curatores perindè ſe haberent, ac, ſi eſſent tutores, præcipuè quoad modum deputationis.

---

§. LXXXIX.

An, ſi Pater minor 25. annis teſtamento dederit filijs ſuis impuberibus tutorem ſuſpectum cum plena cognitione illius, ſit ſequenda eiuſdem Patris voluntas.

SVMMARIVM.

Exponitur ſenſus, ſecundum quem eſt accipiendus titulus. 1.

Articuli examinandi circa titulum. 2.

Sententia aſſerens, quod, ſi nulla ſuperuenerit qualitas diſtincta ab illis, quas nouit teſtator, ſit confirmandus. 3.

Sententia Gutierez aſſerentis Iudicem in hoc debere cautè procedere conſiderando &c. 4.

Si cauſa reddant ipſum ſimplicitèr ſuſpectum non eſt ei decernenda tutela. 5.

Si cauſa fuerit tales, vt non ſimpliciter faciant ſuſpectum, ſed tantum ſecundũ quid, & teſtator illis non obſtantibus dederit, vtique eſt confirmandus. 6.

Si fuerit à Patre minore 25. annis datus tutor ſuſpectus ſimpliciter non eſt confirmandus. 7.

Si vero fuerit ſuſpectus ſolum ſecundum quid, quatenus fuerit vel creditor, vel debitor pupilli, tunc cõcurrente illa qualitate ſuſpicionis in tutore dato, & qualitate minoritatis in dante, probabilius non eſſet confirmandus. 8.

Si fuerit ſolum ſuſpectus ſecundum quid, & Pater illum dederit in teſtamento perfecto cum plena cognitione, non indiget confirmatione. 9.

1 Expoſitio tituli in ſuis terminis.

DIſquiſitio LXXXIX. Patrem minorem annis 25. poſſe filijs ſuis impuberibus dare teſtamento tutorem latè dictum fuit in præcedentibus, & ſignantèr *ſub hoc eod. tit. de tut., & curat. 1. prænot. 5. n. 2.*, & tenent etiam *Aretin. in §. furioſus n. 2. Inſtit. Qui teſtam. tut., Romanus ſing. 70. incip. Adultus, Montanus de tut., & curat. c. 8. n. 5., & alij.* Rurſus, quod poſ-

ſit ab eadem Patre dari ſuſpectus habita antecedentèr notitia talis ſuſpicionis, & qualitatis ſuſpecti, probat *Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 3. num. 9.* per textum *in l. in confirmando, & in l. vtilitatem ff. de confir. tut.*, atque ita etiam ſentit *Aretinus in l. is cui lege col. 2. ff. de teſtam.*, vbi etiam dicit, ſequendam eſſe voluntatem teſtatoris, etiam ſi is tutor ab eo datus foret manifeſtè prodigus, quod probat per textum *in l. tres tutores §. vlt. ff. de adminiſt. tut.*, quod, an verum ſit, nunc aliquo modo innoteſcet. Quæritur iam, an, ſi vtraque hæc qualitas coniungatur, & ſuſpicio ſcilicet in tutore dato, & minoritas in patre dante, poſſit ſubſiſtere tutor ille ſuſpectus datus ab eodem Patre minore.

2 Articuli examinandi circa titulum.

Circa quod quæſitum examinabitur primo, an qualitas illa ſuſpicionis cognita à teſtatore in tutore dato efficiat, ne ille ſit in tutorem admittendus; ſecundo ex ſuppoſitione, quod ſecundum ſe non officiat, an ſaltem officiat, prout coniungitur cum illa qualitate minoritatis in teſtatore dante. Tertio, ex ſuppoſitione, quod neutra ſimul ſumpta officiat, an tutor ſic datus in teſtamento perfecto, & ſolemni indigeat confirmatione.

3 Sententia aſſerens, quod, ſi nulla ſuperuenerit qualitas ab illis, quas teſtator nouit, ſit confirmandus.

In ordine ad primum aliquam difficultatem facere videtur textus *in l. in confirmando ff. de confirm. tut.*, vbi, cum dicatur, quod Iudex debeat attentè cognoſcere, & ponderare in decernenda tutela ei, quem Pater in teſtamento nominauerit, an voluntas teſtatoris perſeuerauerit circa illũ tutorem, an vero ex qualitatum mutatione in eodem poſſit præſumi mutata, videtur textus ſupponere, quod ſolummodo ex mutatione qualitatum in tutore dato, vel ex noua ſuperueniente cognitione de eodem tutore, quæ non fuerit in teſtatore, poſſit ille tutor non confirmari; ex quo ſequitur, quod, ſi nulla fuerit mutatio, & qualitates eiuſdem tutoris fuerint cognitæ à teſtatore pro tempore, quo fuit datus, debeat abſolutè admitti, nec poſſit reijci.

4 Sententia Gutierez aſſerentis Iudicem debere in hoc cautè procedere conſiderando.

Gutierez, qui primo dixerat *d. c. 3. n. 9.*, quod ille tutor ſuſpectus à Patre datus eſſet confirmandus ſimpliciter, modo ipſe pater de illa ſuſpicione fuerit conſcius, poſtea *num. 13., & 16.*, dicit per Iudicem attentè conſiderandum eſſe, an ille futurus ſit damnoſus, & noxius pupillo, cum potius vtilitas eiuſdem pupilli ſit attendenda, quam voluntas teſtatoris.

Ego autem in hac materia iuxta diuerſitatem cauſarum, ex quibus oriri poteſt ſuſpicio, dirimendam quæſtionem exiſtimo, vel etenim cauſæ ſunt tales, vt etiam accedente Patris approbatione ſuſpectam reddant adminiſtrationem huiuſmodi perſonæ, vt ſi fuerit notoriè prodigus, prauis moribus affectus &c. vel ſunt tales, vt accedente Patris approbatione reddantur immunes à nota improbæ, & noxiæ adminiſtrationis, vt ſi perſona data in tutorem per Patrem pupillorum fuerit creditrix, vel debitrix eorundem pupillorum, vel habeat bona indiuiſa cum ipſis, habeat in re modica litem cum eiſdem. Iuxta primum ſenſum arbitror, quod non obſtante, quod Pater conſcius fuerit illarum qualitatum in perſona, quam dedit in tutorem, illumque dederit, non debeat Iudex eidem tutelam decernere, prout obſeruarunt *Spino in ſuo ſpecul. teſtam. gloſ. 29. nu. 15. ibi, & ſic Iudex Gutierez d. c. 3. nu. 13. & 16.*, & ratio deducitur, quia Iudex debet potius inſpicere vtilitatem pupillorum, quam voluntatem Patris per ea, quæ habentur *in d. l. in confirmando ff. de confirm. tut.*; quando autem tutor datus à Patre eſt ſuſpectus ratione prodigalitatis, aliarumque qualitatum, quæ poſſunt eſſe noxiæ pupillis, vtilitas pupillorum exigit vt ipſe non detur; nec obſtat, quod Pater illarum qualitatum notitiam habuerit, quandoquidem, cum ſint qualitates in natura radicatæ de facili non ſunt auferibiles, nec pater poteſt fidere, quin facultates pupillorum, ſicuti ſuas profudit, profundat. Iuxta ſecundum ſenſum arbitror, quod ſtante cognitione Patris teſtantis de illa qualitate tutoris dati ſit tali tutori decernenda tutela; qua ratione *ſub hoc eodem titulo de tut. & curat. t. prænot. 20. num. 115.* docui, quod debitor, & creditor pupillorum poſſit teſtamento dari tutor à Patre, & ſic datus teneat, ſi Pater notitiam habuerit illius qualitatis; Item, quod habens bona indiuiſa cum pupillis poſſit eſſe tutor teſtamentarius, ſi teſtator talem tutorem deſignans nouerit talem indiuiſionem; quod etiam antea firmauerunt *Bartolus in auth. minoris nu. 11. & ſeq. C. qui dare tut.*, *Angelus in §. actionum nu. 33. Inſtit. de action.*, *Gualdenſis in tract. cautel. vlt. vol. tit. de tutore c. 1. & alij*. Ratio horum omnium, & ſimilium ea eſt, quia cauſę huiuſmodi non ſunt tales, vt connectantur cum moraliter certo præiudicio pupillorum, quin poſſunt compati cum plena fidelitate, & debitor, vel creditor poſſit fideliter negotia agere eius, cuius eſt debitor, vel creditor, & cum Pater, cui maxima cura debet eſſe de filijs, nouerit tales qualitates, & nihilominus dederit, videtur expreſsè approbaſſe illas qualitates non officere

5 Si cauſæ ſint tales, vt ſecundum ſe reddant ſimpliciter ſuſpectum, nõ obſtante cognitione Patris non eſt confirmandus.

6 Si cauſæ ſint tales, vt non reddant ſimpliciter ſuſpectum, & accedente Patris approbatione ſit immunis à nota ſuſpicionis, eſt confirmandus.

Varijs caſibus hæc doctrina applicatur.

poſſe

posse recto regimini propriorum filiorum, & substantiarum eorundem.

In ordine ad secundum, si agatur de causis suspicionis primi generis, de quibus in præcedenti quæsito, iam patet non adesse locum dubitandi, quod tutela eidem non sit decernenda; si etenim, quando est præcisè suspectus ex prædictis causis non est talis tutor admittendus, à fortiori non erit admittendus, quando hæc qualitas ex parte personæ datæ concurrit cum alia qualitate ex parte dantis, quatenus hic est minor, in quo propterea potest præsumi minus perpensum iudicium in dando.

7 Si fuerit à Patre minore 25. annis datus tutor simpliciter suspectus non est confirmandus.

Si verò agatur de causis suspicionis secundi generis, maior videtur difficultas, quandoquidem, quando Pater maior cum cognitione debiti, vel crediti, quod quis habet cum proprijs filijs ipsum in suo testamento constituit eorum tutorem, supponitur dare cum matura deliberatione, & perpenso iuditio, quod non obstante illo credito, seu debito ille sit rectè administraturus substantias pupillares, hoc autem perpensum iudicium, & matura deliberatio non supponitur in minore 25. annis, potissimum cum dederit suspectum; tum quia concurrunt duæ qualitates, quarum vnaquæque secundum se minuit perfectam dationem, licet vna secundum se in speciali subiecto non sit sufficiens ad impediendam administrationem tutelæ, prout coniungitur cum alia videtur sufficere ex generali regula coniunctorum. In hac suppositione coniunctionis illius vtriusque qualitatis probabilius crederem, tutorem illum non esse per Iudicem admittendum, nec eidem decernendam tutelam; hocque videtur colligi ex textu *in l. 3. §. quamuis ff. de administ. tut.*, vbi dicitur, quod, quamuis regulariter in huiusmodi datione tutorum sit sequenda voluntas testatoris; hoc tamen fallat in quibusdam casibus, puta, quando minus perpenso iuditio dedit, puta, quia sit minor 25. annis, non quia semper intelligatur minus perpensum iudicium, quando est illa minoritas ætatis, sed quia saltem quandoque in illa minori ætate non præsumitur illud rectum, & maturum iudicium; quod certè præsumendum est in hac hypothesi non interuenisse, cum relatum fuerit ad tutorem suspectum, & licet dici posset, quod referatur ad illum, vt idoneum cognitum ab ipso testatore non obstante illa qualitate crediti, & debiti, nihilominus potius supposita illa causa suspicionis credendum est, quod illum dederit ex defectu maturi iudicij, quam ex cognitione idoneitatis non obstantibus illis qualitatibus, cum regulariter creditores, & debitores non dentur tutores.

8 Si fuerit solum suspectus secundũ quid concurrente minoritate in dante non erit admittendus.

Rationes pro responsione.

In ordine ad tertium sentiendum est, quod in casibus, in quibus causæ suspicionis non obstant tutori a Patre in testamento dato, idem tutor non indigeat confirmatione; vbi verò obsunt, nec est confirmandus, nec admittendus. Sola difficultas est, quoad primam partem, quando scilicet causæ suspicionis non obstant, quod scilicet tunc non indigeat confirmatione, quæ tamen sic probatur; tutor datus in testamento perfecto, & solemni seruatis omnibus iuribus, & solemnitatibus, & cum plena cognitione, & perpenso iudicio dantis non indiget confirmatione per vulgatissima iura supra recensita, sed hic tutor supponitur à Patre datus in testamento perfecto, & cum plena cognitione, & maturo iudicio; nec obesse potest, quod sit suspectus, quandoquidem, cum illa suspicio proueniat ex causa remissibili à testatore, non potest obesse, ergo &c.

9 Si fuerit solum suspectus secundum quid, & Pater maior dederit cum plena cognitione non indiget confirmatione.

Rationes pro resolutione.

Quod, si dicas, quod *in d. l. in confirmando ff. de confirm. tut.* statuatur, quod Iudex inquirat, an durauerit voluntas testatoris, & si durauerit, confirmet, si non durauerit, non confirmet, adeoque quod requiratur Iudicis confirmatio, & quod idem videatur præstandum in causa suspicionis; Si, inquam, hæc dicas, dicam vtique debere solum in hoc inquirere, an voluntas tutoris durauerit, quam, si nouerit durasse, debet quidem decernere tutelam, non autem propriè confirmare.

---

§. XC.

Vtrum tutores legitimi, sed alienæ iurisdictionis sit præferendi alijs legitimis, sed remotioribus in gradu iurisdictionis, in qua pupilli habitant, & etiam datiuis.

SVMMARIVM.

Explicatur sensus disquisitionis. 1.

Sententia asserens, consanguineos eiusdem iurisdictionis, quamuis remotiores in gradu præferendos esse consanguineis alterius iurisdictionis, quamuis proximioribus. 2.

Loco distantes non sunt apti educationi pupillorum. 3.

Officium tutoris versari debet directè circa personas pupillorum. 4.

Incommoda, quæ oriventur ex prælatione tu-

torum alterius iurisdictionis. 5.

Sententia asserens, præferendos esse proximiores in gradu etiam alienæ iurisdictionis. 6.

Proximiores in gradu quamuis alterius iurisdictionis præferuntur quoad successionem. 7.

Tutor datus à Iudice debet esse iurisdictionis eiusdem Iudicis, datus vero à lege potest esse alterius iurisdictus. 8.

Sententia asserens proximiores in gradu esse præferendos, quamuis sint alterius iurisdictionis, si petant, secus, si non petant. 9.

Præfertur hæc vltima sententia. 10.

Soluuntur omnia, quæ dicta sunt pro prima sententia. 11.

Soluuntur item ea, quæ dicta sunt pro secunda. 12.

1 Ratio tituli explicata.

DIſquiſitio XC. Dictum fuit in præcedentibus, quod non exiſtentibus tutoribus teſtamentarijs, nec exiſtente Matre, vel Auia aperiatur quoad tutelam locus legitimis, & primo proximioribus habentibus immediatius ius ad ſucceſſionem. Modo ſupponimus, quod non extantibus teſtamentarijs, nec Matre, nec Auia proximiores in gradu ſint alienæ iuriſdictionis, exiſtentibus tamen in iuriſdictione loci pupillorum alijs conſanguineis, ſed in gradu remotioribus, & ſubindè inquirimus, an proximiores licet diuerſæ iuriſdictionis ſit præferendi alijs minus propinquis, qui ſint in eadem iuriſdictione pupillorum, an verò iſti illis?

2 Sententia asserens consanguineos eiusdem iurisdictionis præferendos esse consanguineis alterius, quamuis isti sint in gradu proximiores.

Videtur dicendum, quod conſanguinei, qui ſunt eiuſdem iuriſdictionis cum pupillis, licet remotiores in gradu, ſint præferendi proximioribus, qui ſint alienæ iuriſdictionis; & hoc primo videtur euinci ex eo quod tutores dantur principaliter perſonæ, & non niſi ſecundario rebus per ea, quæ in præcedentibus latè commendauimus, ea ratione, quia tenentur curare educationem, atque inſtitutionem filiorum *Baldus in l. eiſdem col. fin. C. de ſecundis nuptijs, Gregorius Lopez in l. 1. in gloſ. la perſona del moro; Baeca de decim. tut. c. 2. num. 87.*, quomodo autem propinquiores in gradu poſſunt curare educationem pupillorum, eoſque moribus inſtruere, dum ab illis loco diſtant ratione diuerſæ iuriſdictionis in qua habitant? ergo in hac hypotheſi illis non conſideratis admittendi ſunt in tutores alij loco proximiores, licet remotiores in gradu.

3 Loco distantes non sunt apti educationi pupillorum.

Secundo, quia ex dictis in præcedentibus, quando plures ſunt Iudices, originis ſcilicet, habitationis, & bonorum ſpectat ad Iudicem habitationis conſtituere tutorem pupillis, prout docent *Practica Papienſ. in for. redd. rat. tut. in gloſa eidem Iacobo, Rota Romana in vna Roman. tut. 15. Martij 1641. coram Veroſpio, parte 9. recent. deciſ. 12. nu. 23., Marcus Antonius Sabellius in ſumma diuerſ. tract. verb. Iudex num. 36.*, & hoc non alia ratione, niſi quia officium tutoris, qui datur, verſari debet directè, & principaliter circa perſonam pupillorum, & ideò debet dari ab eo Iudice, qui eſt iuriſdictionis tam pupillorum, quam eius, qui datur, cum aliter tutor alienæ iuriſdictionis non poſſet perſonis pupillorum aſſiſtere, ergo ex genere ſuo, & ex vi proprij muneris tutores debent eſſe ſub eadem iuriſdictione, ſub qua ſunt pupilli.

4 Officium tutoris versari debet directè circa personas pupillorum

5 Incommoda, quæ orientur ex prælatione tutorum alienæ iurisdictionis.

Tertio, quia, ſi præferendi eſſent conſanguinei proximiores in gradu, qui eſſent alienæ iuriſdictionis, incommoda plurima pupillis orirentur, nam, ſi illi à proprio munere deficerent, vix, ſeù nonniſi cum maxima difficultate poſſent conueniri, cum non eſſent ſub eiuſdem Iudicis iuriſdictione, ergo &c.

6 Sententia asserens præferendos esse proximiores in gradu, quamuis alterius diæcesis.

Ex aduerſo videtur ſentiendum, propinquiores in gradu licet alienæ iuriſdictionis eſſe præferendos, quia tutela legitima defertur ad inſtar ſucceſſionis ab inteſtato per ea, quæ in præcedentibus latè commendauimus, & habentur *in l. 1. §. tutela legitima, ff. de leg. tut. §. vnico Inſtit. de legit. patron. tut. in auth. de hæred. ab inteſt. ven. §. ex his collat. 9. & in auth. ſicut hæreditas, C. de legit. tut., Roias in Epith. ſucceſ. c. 26. num. 83., Hondedeus conſ. 88. num. 19.*; proximiores autem in gradu quoad ſucceſſionem, licet ſint alienæ iuriſdictionis, præferuntur remotioribus licet eiuſdem iuriſdictionis, ergo etiam præferri debent quoad tutelam.

7 Præferuntur quoad successionem.

Secundo idem videtur deduci ex diſcrimine, quod agnoſcunt in hoc DD. inter tutorem à Iudice, & tutorem à lege, quod ille, qui datur à Iudice, debet eſſe ſub Iuriſdictione eiuſdem, cum hic nequeat ſuam exercere poteſtatem extra territorium, ille verò, qui datur à lege, poſſit etiam eſſe extra territorium pupillorum, cum lex ſuas vbique vires habeat, prout conſiderarunt *Alexander conſ. 161. vol. 5., Franciſcus Marcus deciſ. 251. per totum in prima part., Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 2. n. 28.*, ergo tutor legitimus non debet eſſe ex neceſſitate eiuſdem iuriſdictionis, cuius ſunt pupilli, cæteroqui in hoc non ſubſiſteret diſcrimen aſſignatum inter tutorem, à Iudice dandum, & datum à lege.

8 Tutor datus à Iudice debet esse iurisdictionis pupillorum non sic datus à lege.

Me-

Media via procedit idem *Ioannes Gutierez loc.cit. in fine*, qui,quamuis asserat

9 Sententia asserens proximiores in gradu alienæ iurisdictionis esse præferendos, si perant, secus, si non petant.

cum secunda sententia, quod tutor legitimus possit esse,quamuis sit alienæ iurisdictionis, limitat tamen hoc procedere, quando ipse legitimus alienæ iurisdictionis, si sit proximior, petat admitti in tutorem,secus,si non petat, sint admittendi alij eiusdem iurisdictionis, quamuis remotiores, si fuerint, si verò non fuerint,sint alij eiusdem iurisdictionis a Iudice assignandi. Quid iam in hac controuersia concludendum?

Respondeo, hanc tertiam mediam sententiam Gutierez magis congruere nostris principijs *sub hoc eod.tit. de tut.& curat.1. prænot.20. num.133.*, secundum

10 Præfertur hæc vltima sententia

quæ diximus tutorem ratione distantiæ loci posse se excusare à munere tutelæ per textum *in l.fin. ff.de excus.tut.*; si etenim potest se excusare, ergo potest nolle eam assumere, sicque non petere,& cum sit ipsi facultatiuum se excusare, & non excusare, poterit nolle se excusare, & petere admitti ad tutelam, quod certè non erit denegandum. Quod, si dixeris, quod habens causam se excusandi à munere tutelæ non sufficiat,quod tutelam illam non petat, cum teneatur proponere huiusmodi causas, easdemque intra tempus à iure præfinitum probare, adeoque ex eo præcisè, quod non petat, non aperiri alijs in loco existentibus locum ad eandem tutelam suscipiendam; statim impugnaberis, quia, cum illa causa distantiæ sit secundum se manife-

Illa causa distantiæ est secundum se manifesta.

sta, & notoria, non indiget probatione, & cum sit sufficiens ad eximendum ab onere eo ipso, quo sic distans non petit intra tempus a iure statutum, videtur cessisse iure suo, adeoque immediatè aperitur alijs in loco existentibus, & proximioribus eisdem pupillis via ad eorum tutelam suscipiendam.

Sed cum dictum fuerit, quod, si proximior in gradu, licet distans a loco,

11 Soluuntur prædicta pro prima sententia

cum sit alienæ iurisdictionis, petat admitti in tutorem,sit admittendus,oritur hic difficultas quomodo hoc cohærere possit, cum ijs, quæ dicta sunt pro prima sententia? Quomodo enim poterit personas pupillorum, cum distans est, benè educare, moribus instruere, & ad rectum finem per congrua media dirigere? Ad hæc responderi potest vel huiusmodi tutores posse ad se atrahere pupillos,& apud se educare, vel ipsos ad pupillos accedere, vt ipsorum curam gerant, vel regere per prudentes, & sibi beneuisos æconomos, qui administrent eorundem tutorum nomine.

Cum verò etiam dictum fuerit,quod, si non petant admitti, tunc admittendi sint alij sequentes in gradu, qui fuerint in eadem iurisdictione,oritur difficultas quomodo hæc cohæreant cum ijs, quæ dicta sunt cum secunda sententia? Si enim tutela defertur ad modum successionis ab intestato; quomodo cum successio ab intestato deferatur proximioribus in gradu,quantumuis à loco distantibus, eisdem non debebitur tutela, etiam si illam non petierint? Sed ad hæc etiam responderi potest, rectè inter se congruere; huiusmodi enim tutoribus, quibus secundum se congruit successio ab intestato,conuenit etiam tutela, sed cum vigeat causa excusationis ob locorum distantiam, vtique ratione eiusdem possunt se à tali munere eximere.

12 Soluuntur item ea, quæ dicta sũt pro secunda.

§. XCI.

An huiusmodi tutores proximiores in gradu, qui ob distantiam locorum non petendo tutelam excusantur, teneantur intra tempus à iure præfinitum alios tutores petere, & si non petant, priuentur successione.

SVMMARIVM.

Sensus disquisitionis expositus. 1.
Ex regula generali videntur teneri ad huiusmodi petitionem. 2.
Rationes suadentes non teneri petere, & si non petant, non amittere successionem. 3.
Rationes suadentes teneri petere. 4.
Tenentur saltem iuridicè denuntiare,in actis, se nolle tutelam. 5.
Et tunc aperitur locus alijs in gradu succedentibus. 6.

Disquisitio XCI. Sistendo in terminis præcedentis disquisitionis, secundum quos proximiores in gradu, si sint alterius iurisdictionis non petendo admitti,eximuntur ab onere tutelæ, & via alijs aperitur existentibus in loco iurisdictionis, sub quo sunt pupilli, vel legitimis,si ibi fuerint,vel datiuis,si legitimi non fuerint,inquirimus in præsenti,an isti proximiores in gradu, qui sunt extra iurisdictionem, teneantur petere alios tutores dari pupillis, adeout, si non petant, amittant ius ad successionem pupillorum,quorum ipsi deberent esse tutores?

1 Sensus disquisitionis exponitur.

Non solum Matrem,& Auiam,quando ipsæ nequeant, vel nolint tutelam assumere,

sumere, teneri intra tempus à iure præfinitum petere tutorem dari filijs, & respectiuè nepotibus suis impuberibus, adeo vt, si non petant, amittant ius ad successionem eorundem filiorum, seu nepotũ, si decedant in impubertate, sed etiam teneri alios legitimos in gradu proximiores sic tutores petere, quando ipsi excusantur, latè diximus in præcedentibus, & signantèr *sub hoc eod. tit. de tut., & curat. 1. prænot. 13. n. 10.*, vbi specialitèr de Matre, & Auia, de quibus etiam in his terminis loquuntur *Mantanus de tut., & curat. c. 18. n. 5., & seqq; ferè per totum, Decius in c. ex parte n. 6. de Appel.*, *Angelus in §. actionum nu. 44. Instit. de action.*, de alijs vero proximioribus in gradu habetur, *ibidem n. 29., & sparsim per alias prænotiones*. Sed, an hoc onus petendi alium tutorem incumbat etiam proximioribus in gradu, quando quoad habitationem sunt distantes à loco pupillorum, & sub aliena iurisdictione, adeo vt, dum ipsi non petunt admitti, & per consequens volunt vti excusatione, teneantur alium tutorem petere, & si non petant, amittant ius successionis quoad eosdem filios impuberes, ad quam cæteroqui sunt vocati, id est, quod cadit sub præsenti disquisitione.

2 Ex regula generali vidẽtur teneri ad huiusmodi petitionem.

Hæc controuersia in genere multum prodest ad discutiendum, an tutores legitimi, quando habent iustam causam excusationis ea in actis probata, non solum eximantur ab onere eiusdem tutelę, sed etiam ab onere petendi alium tutorem, adeo vt, si non petant, non subiaceant pænæ priuationis quoad successione filiorum impuberum. Ratio dubitandi ex eo oritur, quia, cum ipsi non assumpserint adhuc tutelam, cum ante assumptionem se excusauerint, non videtur dicendum, quod alij per Iudicem in eorum locum sint subrogandi, sicuti contingeret, si ante assumpsissent iuxta ea, quæ supradiximus de matre, quæ, si ante assumptionem tutelæ eam, vel implicitè, vel explicitè recusauerit, alius non dicitur in eius locum subrogari, sed aperitur locus alteri legitimo accedenti in gradu; si vero antea susceperit, & postea velit dimittere, tunc alius in eius locum per Iudicem subrogatur iuxta ea, quæ in præcedentibus diximus; Ex quibus sequi videtur, quod, cum immediatè aperiatur locus non datiuo, sed alteri legitimo immediatè in gradu succedenti, non teneatur ipse se excusans alium tutorem petere sub pæna illius priuationis.

3 Rationes suadentes non teneri petere, & si non petant, non priuari successione.

Quia tamen in præcedentibus diximus *sub hoc eod. tit. de tut., & cur. 1. præn. 13. n. 64.* quod mater non excusetur ab illa pæna priuationis, si intra annum tutorem non petierit, quantumuis extent alij tutores legitimi, vel saltem intra annum in actis expresè nõ renuntiauerit tutelæ, prout antea etiam docuit *Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 16. nu. 99. vers. hæc tamen sexta limitatio*, videtur etiam ex consequenti dicendum, quod se excusantes, seu vtentes causa excusationis non eximantur à tali pæna priuationis, si alium tutorem dari non petierint intra tempus à iure præfinitum; Nec obstat, quod Mater eximatur ab hac pæna per hoc solum, quod in actis expresè renuntiet tutelæ, quamuis expresè alium tutorem non petierit; Non obstat, inquam, quia, cum respectu matris tutela sit voluntaria, non coacta, sufficit, quod ipsa dicat, se illam nolle, quia iure suo vtitur; cum autem respectu aliorum sit coacta, requiritur, quod alium tutorem petant, & ea præstent, quæ in hoc genere præscribuntur. Quid iam erit circa hanc controuersiam concludendum? 4 Rationes suadentes teneri petere.

Probabilius crederem, teneri saltem iuridicè denuntiare in actis Iudicis iurisdictionis pupillorum se nolle petere, nec assumere tutelam; qua posita denuntiatione immediatè locus aperitur alijs propinquioribus in gradu existentibus in eadem iurisdictione pupillorum, si extent, vel si non extent, datiuis à Iudice constituendis; In hanc consentire videtur in vniuersum Ioannes *Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 2. num. 28. circa fin.* 5 Tenentur saltem iuridicè denuntiare in actis se nolle tutelam.

Ratio autem ex eo deducitur, quia cæteri legitimi proximiores in gradu, & existentes sub iurisdictione pupillorum, ad effectum, vt se eximant à pæna priuationis, tenentur intra quinquaginta dies proponere causas excusationis coram Iudice, easq; prosequi, ita vt intra quatuor menses terminetur iudicium per ea, quæ latè in præcedentibus docuimus *sub hoc eod. tit. de tut., & curat. 1. prænot. 20. n. 2., & seqq.* per textum in *l. quinquaginta dierum, & l. quinquaginta dies ff., & C. de excus. tut.*, ergo, cum respectu esistentium in aliena iurisdictione manifeste constet de causa excusationis legitima, & solum res pendeat a voluntate eorundem proximiorum existentiũ in aliena iurisdictione, an velint, vel non velint tutelam, quoties nolint assumere, tenebuntur in actis espresè denuntiare suam voluntatem non assumendi ad effectum, vt alij certiorati de eius voluntate possint immediatè subingredi, vel Iudex, si non extent alij legitimi, possit datiuos tutores constituere.

6 Et tunc aperitur locus alijs in gradu succedentibus.

§. XCII.

§. XCII.

An tutor, si ei administratio interdicitur, desinat esse tutor.

SVMMARIVM.

Sensus disquisitionis expositus. 1.
Rationes suadentes, interdicta administratione intelligi sublatum tutelam. 2.
Sententia asserens per interdictum administrationis non desinere esse tutorem. 3.
Probabilius est, quod non intelligatur sublata tutela. 4.
Solutiones contrariorum. 5.
In ea hypothesi interdictæ administrationis dandus est curator. 6.

1 Series facti dilucidè exposita.

Disquisitio XCII. Constitutus fuerat Caius, vel per testamentum, vel per legem, vel per Iudicem tutor filiorum impuberum Antonij, qui Caius seruatis seruandis tutelam suscepit, & plenè cæpit administrare. Contigit, vt post susceptam tutelam eidem Caio interdiceretur bonorum administratio. Quæsitum fuit, an per tale interdictum administrationis intelligatur eidem sublata tutela, adeo vt penitus desinat esse tutor.

2 Rationes suadentes interdicta administratione sublatam esse tutelam.

Cum tutela detur in ordine ad administrationem, & gubernium tum bonorum, tum personarum pupillarium videtur, quod interdicta administratione intelligatur etiam sublata tutela; sicuti etenim vana est potentia, quæ non potest ad actum reduci, per textum *in l. hæ enim 4. §. si prætor ff. de suspect. tut.*, *& l. multum interest 6. §. si quis alteri, vel sibi, & c. pastoralis 14. §. quoniam vbi Decius notabil. 2. de rescript.*, ita inanè est munus, quod nequit reduci ad exercitium actionum, ad quas datur, sicque, cum tutela detur in ordine ad administrandum, interdicta administratione non potest intelligi subsistere munus tutelæ.

3 Sententia asserens per interdictum administrationis nõ desinere esse tutorem.

Hanc difficultatem tangit incidenter *Stephanus Gratianus discept. for. c. 918. n. 54.*, vbi expressè asserit, tutorem illum, cui fuit interdicta administratio bonorũ, non desinere esse tutorem, ad quod comprobandum allegat textum *in l. & si pluribus ff. de auctor. tut.*, & simul exemplum affert de exempto ab auctoritate Episcopi, cuius exemptio non tollit habitum dignitatis Episcopalis, sed solum impedit exercitium illius in exemptos, & ad hoc allegat *Oldradum cons. 177. nu. 13.*, quod etiam firmauit *Glosa in d. l. & si pluribus in verb. concessa non est ff. de auth. tut.*, vbi dicit aliud esse remoueri omnino, aliud interdici administratione, & sic non definit.

4 Probabilius est, quod vbi fuerit simpliciter interdicta administratio, non intelligatur sublata tutela.

Respondeo, probabilius esse, quod vbi fuerit simplicitèr interdicta administratio, non intelligatur sublata tutela. Consentiunt in hoc *Gratianus*, *Glosa*, *& Oldradus supra allegati*. Rationem ex eo deduco, quia ius tutelæ, & ratio administrationis sunt ab inuicem separabilia, quod pluribus rationibus, & exemplis euincitur, primo in casu, quo plures dati fuerunt tutores; hi etenim possunt cõuenire, vt vnus tantum ex illis administret, nec tamen alij desinunt esse tutores per ea, quæ docuimus *sub hoc eod. tit. de tut., & curat. 1. prænot. 22. n. 9.*, *& passim in ead. prænot.*; secundo, quia ius tutelæ nequit diuidi, benè tamen administratio eius data per ea, quæ docent *Bartolus in l. inter tutores ff. de administ. tut.*, *Riminaldus cons. 292. n. 38.*, *Purpuratus in l. 1. n. 22. C. de transact.*, *Magonius decis. Lucens. 1. n. 15.*, *Balthassar Thomasius de tut., & curat. tract. 8. tit. 19. c. 34. n. 4095.*; tertio in tutoribus honorarijs, & notitiæ causæ, qui verè, & propriè sunt tutores, nec tamen possunt administrare per ea, quæ docuimus *sub hoc eod. tit. de tut., & curat. 1. prænot. 24. num. 2.*, & docent etiam *Montanus de tut., & curat. c. 39. n. 189., & alij*, ergo interdicta administratione non intelligitur sublata ipsa tutela quoad habitum, & quoad substantiam, quandoquidem in separabilibus vno impedito non prohibetur alterum subsistere, præcipuè, si illud fuerit principale.

Rationes pro hac responsione.

5 Solutiones contrariorũ.

Neque obstant ea, quæ ex aduerso afferebantur, quandoquidem non potest dici, quod illud munus non possit reduci ad actum, quamuis etenim sit impedita administratio, non sunt alij actus impediti, puta interpositio auctoritatis in contractibus, nam etiam, si plures fuerint tutores, & vnus ex illis tantum administrat, nihilominus vnusquisque potest interponere auctoritatem adeo vt vnius tantum sufficiat *Bartolus in l. 2. §. si plures. oppos. 2. vers. aut est administratio principalis ff. de exerc. in rem. act.*; nec item intelligitur impeditum exercitium directionis, & instructionis in moribus quoad pupillos, quæ est principalior actio tutelæ.

6 In hac hypothesi interdictæ administrationis, probabilius dandus est solum alius curator.

Sed oritur hic difficultas, an in hac hypothesi interdictæ administrationis quoad tutorem alius sit dandus tutor pupillis, an vero tantum curator? Congruentius crederem, dandum esse dumtaxat curatorem ad regimen bonorum, quorum administratio interdicta est tutori,

tori, non vero addendum alium tutorem. Ratio non solum deducitur ex generali regula, secundum quam tutorem habenti, non datur alius tutor; sed etiam ex eo; quod in hac hypothesi esset dandus principaliter rebus, respectu quarum deficit administrator, quod autem principaliter rebus datur, habet solam rationem curatoris per ea, quæ in præcedentibus docuimus.

§. XCIII.

An, si quis falsis causis se excusauerit ab onere tutelæ eiusdem oneribus adhuc subiaceat.

SVMMARIVM.

In quæsita sit difficultas simili. 1.
Qui falsis causis fuit excusatus, non liberatur onere tutelæ. 2.
Si ex causa iniusta fuerit excusatus, sententia asserens liberari, sed Iudicem teneri ad omnia damna. 3.
Sententia asserens non liberari in præiudicium pupillorum. 4.
Probabilius liberatur, nisi dolosè illam causam iniustam produxerit. 5.
Non est directè in præiudicium pupillorum. 6.

DIsquisitio XCIII. Titius, vel testamento, vel per legem, vel per Iudicem constitutus fuerat tutor filiorum impuberum Antonij. Ægrè ferens huiusmodi tutelam Titius causas excusationis intra tempus à iure præfinitum in actis proposuit; quæ tamen causæ, licet secundum se validę, & sufficientes essent ad excusandum, non tamen erant veræ. Iudex vel ex falsis probationibus motus, vel manibus assertionibus deceptus excusationem admisit, & pupilli, vel sine tutore extiterunt damnis obnoxij, vel alteri tutori commendati, qui malè in administratione se gessit. Quæsitum hic fuit, an tutor, qui falsas causas allegando se excusauit, teneatur ad omnia damna, quæ inde pupillis obuenerunt?

1 Exponitur titulus in suis terminis.

Respondeo, non liberari onere tutelę, ad proinde teneri ad omnia damna, quæ inde obuenerunt. Expressè colligitur ex textu *in §. fin. Instit. de excus. tut.* ibi *Si quis autem falsis allegationibus excusationem tutelæ meruerit, non est liberatus onere tutelæ*: vnde glosa ibid. subdit, quod ex tempore dationis teneatur per textum *in l. 1. in fin. C. si ex fals. alleg. & l. diuus ff. de re iud. & l. qui agnitis ff. de excep.*

2 Qui falsis causis fuit excusatus, nō liberatur onere tutelæ.

Sed quid erit dicendum, si causa excusationis allegata non fuerit falsa, sed iniusta, an tunc tenebitur adhuc onere tutelæ, si Iudex illam admiserit, & tutorem ex tali causa excusauerit? Videtur in hac hypothesi, liberari ab onere tutelæ, sed Iudicem teneri ad omnia damna, quandoquidem ipse per suam iniustam sententiam pupillos coniecit in illa damna excusando tutorem, qui excusandus non erat, & ex illa iniqua sententia omnia mala pupillis pullularunt; Qui autem causam damni dedit damnum dedisse videtur, adeoque ad illud reparandum tenetur ex vulgatis iuribus. Nihilominus *Glosa in d. §. fin. in verb. non est liberatus circa fin. Instit. de excus. tut.* sustinet, nec ex hac causa iniusta liberari ab onere tutelæ in præiudicium pupillorum, atque ad hoc probandum allegat textum *in l. 1. C. si ex fals. alleg.* Sed quomodo poterit ad tale onus obligari, cum habeat sententiam Iudicis pro se, cui innixus, & procedens iuxta normam eiusdem videtur cum dictamine prudentis rationis procedere, adeoque non posse grauari? Fateor me libenti animo non posse glosæ sensui subscribere propter rationem mox allegatam, nisi forte supponatur, quod dolose, seu cum mala fide illam causam proposuerit, quandoquidem sententia ex falsis allegationibus iuris lata nunquam retractatur, sed Iudex facit litem suam prout notant *Menochius de arbit. cas. 175. num. 11., Vant. de nullitate, & defect. pro cess. num. 132., Gabriel. commun. opin. de sent. concl. 7. num. 3., Rota Romana part. 11. recent. decis. 507. num. 1.* Quod, si supponatur, quod illa causa, ob quam fuit a Iudice iniustè excusatus, fuerit ab ipso tutore dolosè producta; tunc non denegarem ipsum tutorem sic producentem, non obstante illa sententia non eximi ab onere tutelæ, sed teneri ad omnia damna ex generali regula, quod dolus nequeat patrocinari suo auctori.

3 Si ex causa iniusta fuerit excusatus, sententia asserens liberari, sed Iudicem teneri ad omnia damna.

4 Sententia asserens non liberari in præiudicium pupillorum.

5 Probabilius liberatur, nisi dolosè illam causam produxerit.

Quod, si viterius repetas, quod, quando sententia est lata in præiudicium pupilli, & est iniusta, ob fauorem status pupillaris habeatur perinde, ac si esset nulla, vt videtur colligi ex textu *in l. 1. & 2. C. si aduers. rem iud. l. acta, & l. contra in princ. vbi Bartolus ff. de re iud., Gratianus discept. for. c. 668. num. 23., Rota Romana part. 2. diuers. decis. 329. num. 1.*, ac proinde non deobligare videtur tutorem ab onere tutelæ, Statim impugnaberis, quia illa sententia non est, nisi ad summum indirectè contra pupillum, cum directè tendat ad exonus tutoris; vnde, si ex illa damnum aliquod oritur aduersus eundem

6 Non est directè in præiudicium pupillorum.

dem

dem pupillum, hoc videtur imputandum potius in Iudicis culpam, quam in tutorem; nec allegata iura aliquid euincunt, quandoquidem procedunt solum, quando contra ipsos indefensos lata est directè sententia; in hoc autem casu, nec directè contra ipsos lata est sententia, nec supponuntur pupilli fuisse indefensi.

---

§. XCIV.

An, si productæ fuerint simul causæ veræ, & falsæ, & Iudex in definitiua ex falsa causa liberauerit tutor intelligatur liber.

SVMMARIVM.

Exponitur sensus, in quo propriè procedit titulus. 1.
Sententia illa liberationis ex falsa causa non subsistit, nec liberat tutorem. 2.
Sententia asserens, quod sic absolutus ex falsa causa teneatur de periculo cessationis. 3.
Sententia asserens non teneri, si credidit se ex iusta causa liberatum, secus, si ex malitia cessauit. 4.
Sententia lata ex falsa, & expressa causa non tenet. 5.

DIsquisitio XCIV. Constitutus Caius tutor filiorum impuberum Francisci nuperimè defuncti causas plures excusationis allegauit coram Iudice, quarum aliæ iustæ erant, legitimæ, & sufficientes ad excusandum, aliæ falsæ, iniustæ, & nulli iuri innitentes, puta dixit, quod pupilli, de quorum tutela agebatur, habebant patruum, qui eorum deberet esse tutor, cum tamen illum patruum non haberent. Iudex motus illa falsa allegatione, quod pupilli haberent patruum, ex hoc capite Caium liberauit ab onere tutelæ, nec de alijs causis legitimis mentionem fecit in sententia absolutoria, seu liberatoria. Quæsitum hic fuit, an sententia illa liberationis subsisteret, & an Caius vigore illius sententiæ intelligatur liber ab onere tutelæ.

1 Exponitur facti series.

Respondeo, sententiam illam non subsistere, nec tutorem ex vi illius liberari ab onere tutelæ. Espressè deducitur ex textu *in l. qui testamento ff. de excus. tut.*, vbi, cum esset sermo de tutore testamento constituto, qui, cum duas causas haberet excusationis, alteram veram, & alteram falsam, & vtramque proposuisset, cumque Iudex motus sola causa falsa, quam in sententia exposuit, prænuntiasset tutorem excusandum, textus resoluit dubitationem in hunc, qui sequitur modum. *Respondi*, sunt verba textus, *secundum ea, quæ proponerentur, quamuis iustam excusationis causam haberet, non tamen excusatum esse propter vitium pronunciationis*. Ratio autem responsionis, & allegati textus ea est, quia sententia ex falsa causa omnino nulla est, nec obligat, nec respectiuè deobligat. *Rierius collect. 3935., Rota Romana part. 14. recent. decis. 507., Surdus decis. 289. num. 18., Gratianus discept. for. c. 408. in princip., Bardellonus cons. 152. num. 37. & seq. lib. 2.*, cum propriè non sit sententia.

2 Sententia illa liberationis ex falsa causa non subsistit.

Rationes, & iura pro hac responsione

Sed, an sic absolutus ex falsa causa, si ex vi eiusdem absolutionis non se immiscuerit in administratione, teneatur periculo cessationis, an verò eximatur à quocunque onere? Cum talis sententia ex illa falsa causa inserta sit nulla, per consequens nullum potest parere effectum, nec deobligare, & sic videtur, quod tutor per illam sententiam absolutus æquè remaneat obligatus, perindè, ac si non esset absolutus, & sic teneatur periculo cessationis, cum potissimum ipse prætextu bonæ fidei nequeat se tueri, cum rectè nouerit illam causam, quam ipse allegauit, non subsistere. Sed textus *in d. l. qui testamento ff. de excus. tut.*, in hoc distinguit; vel etenim sic per illam sententiam absolutus cessauit ab administratione, quia credidit se esse absolutum ex alia causa iusta, & vera, quæ inerat, & sic non tenetur de periculo illo cessationis; si verò ex malitia cessauerit, & tunc non eximitur ab illo periculo cessationis. Ibi *Respondi, si errore potius, quod se præ iure trium liberorum, quod allegabat excusatum crediderit, quam malitia ab administratione cessasset, vtilem actionem non dandam*. Et ex his magis roborantur ea, quæ dicebantur in præcedenti disquisitione, quod, si scilicet tutor fuerit liberatus ex iniusta causa, quam allegauit, dummodo dolo ipse eandem non induxerit, intelligatur deobligatus, cum damna, si quæ inde obueniant, non sint eius culpæ imputanda, cum ipse sit fretus munimine sententiæ, sed potius Iudici, qui per illam iniustam sententiam fecit causam suam.

3 Sententia asserens, quod sic absolutus ex falsa causa teneatur de periculo cessationis.

4 Sententia asserens non teneri, si credidit ex iusta causa liberatum, secus, si ex malitia cessauit.

Hæc, quæ hic dicuntur, à contrario sensu comprobantur ex ijs, quæ pluribus allegatis tradit *Marcus Antonius Sabellius in summa diuers. tract. in verb. sententia num. 22. in verb. Quod sententia non reddatur*, nempe, quod sententia ex falsa causa non reddatur nulla, quando causa non fuit expressa in sententia, ergo a con-

5 Sententia lata ex falsa, & expressa causa nõ tenet.

contrario ſenſu, ſi cauſa falſa fuerit expreſſa in ſententia, eadem ſententia erit nulla; vnde monet congruum fore, vt Iudex in ſententijs cauſam non allegaret, cum poſſet ſemper cogitari, quod aliunde, quam ex cauſa falſa Iudex pronuntiauerit; Nec obeſſe poteſt, ſi dicatur, quod ſententia ſemper intelligatur relata ad acta, ſecundum quæ debet proferri, adeoque, ſi acta contineant cauſam falſam, ex illa cauſa intelligatur prolata; Non, inquam, obeſſe poteſt, quia vel acta continent ſolum cauſam falſam, vel ſimul cauſam veram, & falſam; ſi contineant vtramque, poteſt ſemper cogitari, quod ex cauſa vera pronuntiauerit; ſi verò ſolum falſam contineant; tunc idem *Marcus Antonius Sabellus loc. cit.* aſſerit, quod, quando ſignanter, & ſpecificè ſententia non eſt relata ad acta, in quibus adeſt error, & falſitas cauſæ, tunc ad eadem acta ſententia non intelligatur relata, & licet regularitèr ſententia habeat relationem ad acta, hoc tamen aſſerit non procedere, quando per talem relationem eadem ſententia infringeretur, præcipuè, vbi error non eſt notorius, & notorietas excluditur per negationem, & quando continet aliquam dubitationem; atque pro hoc ſuo dicto allegat *Altogradum conſ. 24. nu. 100. & ſeqq. lib. 1.*, *Vant. de nullitate ex defect. proceſ. nu. 129.*, *Pacificum Iordanum lucubr. vol. 3. lib. 14. tit. 25. num. 221.*

---

§. XCV.

An, ſi in ſententia excuſationis inſerta fuerit cum cauſa vera alia falſa, ſententia corruat quoad totum, & tutor ſic excuſatus non liberetur.

SVMMARIVM.

Exponitur ſtatus diſquiſitionis. 1.

Sententia lata ex falſa cauſa in libello deducta non ſuſtinetur ex alia cauſa vera in libello non expreſſa. 2.

Sententia lata non expreſſa nec vera, nec falſa cauſa ſuſtinetur probata vera cauſa. 3.

Sententia lata in libello expreſſa tàm cauſa vera, quàm falſa, ſecundum aliquos ſuſtinetur ratione cauſæ veræ. 4.

Secundũ alios ſententia illa in totum vitiatur. 5.

Probabilius illa ſententia ſuſtinetur, & tutor ille remanet liber ab onere tutelæ. 6.

Soluuntur rationes contrariæ ſententiæ. 7.

1 Series quæſiti expoſita.

DIſquiſitio XCV. Fabius conſtitutus tutor filiorum impuberum Antonij habens plures filios naturales, & legitimos, quot ſufficiant ad inducendam cauſam ſufficientem excuſationis, volens ſe à munere tutelæ ſibi iniunctę excuſare, coram Iudice intra tēpora à iure præfinita propoſuit hanc cauſam nempe, quod ſit grauatus pluribus filijs, ijſque in numero ſufficientibus ad excuſationem, & ſimul, & ſemel aliam cauſam accumulauit, qua aſſerebat filios impuberes Antonij habere patruum, cuius curæ iure ſic exigente erant eidem filij impuberes commendandi, & tamen re vera ijdem filij patruum non habebant. Iudex vtraque cauſa allegata motus eundem Fabium per ſententiam definitiuam à tali munere excuſauit, & in ſententia vtramque cauſam expreſſit. Quęſitum hic fuit, an illa ſententia ratione cauſæ veræ in eadem inſertæ eſſet ſuſtinenda, & ſic tutor ille deberet intelligi liberatus, an verò ratione cauſæ falſæ in eadem inſertæ eſſet irrita declaranda, & tutor non exemptus à munere tutelæ ſibi iniuncto.

2 Sententia lata ex falſa cauſa in libello deducta nō ſuſtinetur ex alia cauſa vera in libello non expreſſa.

Quod ſententia lata ex falſa cauſa in libello deducta non ſuſtineatur ex alia vera cauſa in libello non expreſſa, docet *Sperellus deciſ. 74. à num. 15. ad 26.* per textum *in c. Abbate §. ſeu ad hæc, & §. quare de ſent. & re iud.* Item, quod, quando ſententia eſt lata, prout deberet proferri, nec bona, nec falſa cauſa expreſſa, poſſit ſuum ſortiri effectum probata vera cauſa, prout docet *Francus deciſ. 664.*

3 Sententia lata non expreſſa, nec cauſa vera, nec falſa ſuſtinetur probata vera cauſa.

Sed, an quando tàm in libello, quàm in ſententia eſt expreſſa vtraque cauſa vera, ſcilicet, & falſa, ratione veræ ſuſtineatur eadem ſententia, an verò ratione falſæ vitietur quoad totum id eſt, quod in præſenti controuertitur.

4 Sententia lata in libello expreſſa tàm cauſa vera, quàm falſa ſecundum aliquos ſuſtinetur ratione cauſæ veræ.

Videtur aſſerendum, quod ratione cauſæ veræ ſententia illa ſit ſuſtinenda, ſicque tutor ille habendus ſit liber ab illo onere; primo ex ijs, quæ habentur ex textu *in l. qui teſtamento ff. de excuſ. tut.*, vbi abſolutus ex falſa cauſa expreſſa in ſententia, in qua cauſa vera non fuerat expreſſa, dicitur, quod, ſi ceſſauerit ab adminiſtratione tutelæ ex motiuo cauſæ veræ non expreſſę ſit liber à periculo ceſſationis ab adminiſtratione, ergo à fortiori erit liber, ſi in ſententia fuerit expreſſa tàm cauſa vera, quàm falſa; ſi enim liberatur ab illo periculo ceſſationis ob ſententiam latam cum expreſſione cauſæ falſæ ratione veræ, quæ non eſt expreſſa, cur à fortiori non erit liberandus ab illo periculo ob ſententiam latam etiam cum expreſſione cauſæ veræ.

Se-

Secundo, ex generali regula, secundũ quam quoties vtile concurrit cum inutili, seu quoties concurrit causa, quæ prodest, cum ea, quæ nocet, illa, quę prodest, attenditur per textum *in l. pro emptore 2. §. si à pupillis ff. pro empt.*, *Sanz. Morqueh. tract. de diuers. bon. t. c. 9. n. 34.*; vitium enim regularitèr non vitiat, sed vitiatur per textum *in l. 1. ff. de condit. Instit.*, ex quibus etiam vim habet regula, quod vtile per Inutile non vitietur, per textum *in c. vtile 37. de reg. iur. in 6.* His tamen non obstantibus.

Rationes pro hac opinione

5 Sententia illa secundũ alios in totum vitiatur.

Alij credunt, sententiam illam in totum vitiari ratione illius falsæ causæ in sententia insertæ; atq; in hoc arbitror assentiri *Riccium collect. 3935.* Rationes ex eo desumunt, quia sententia debet esse indiuidua, ita vt non possit pro parte valere, & pro parte non *l. in hoc iudicio 27. ff. famil. ercisciun.*, *& ibi Bartolus, & DD. Bartolus in l. 1. C. si aduersũ iud. not. 2.*, *Felinus in c. cum inter n. 6. de sent.*, *& re iud.*, ergo ratione illius falsæ causæ debet sententia illa irrita in toto iudicari.

Illa sententia, & ratione materiæ, & ratione formę est indiuidua.

Secundo, quia illa sententia respicit materiam indiuisibilem, nempè onus tutelæ conferendum determinatæ personæ, & forma sententiæ ordinatæ ad idem munus est etiam indiuidua, ergo non est, cur non debeat irritari quoad totum. Quid iam in hac controuersia concludendum?

6 Probabilius illa sententia sustinetur, & tutor ille remanet liber ab onere tutelæ.

Respondeo, probabilius esse illam sententiam sustineri, & tutorem illum remanere liberum ab onere tutelæ. Rationes pro prima sententia adductæ videntur satis concludenter responsionem hanc euincere, quibus adde, quod gerens actum ex vna potestate non sufficienti, si aliam habeat sufficientem, sustineatur actus per ea, quæ probat *Bartolus in l. ambitiosa in fine ff. de decretis ab ordin. facien.*, *& in q. 5. incip. Adnuntia num. 1.* quinimmo quod sententia lata ex falsa causa possit confirmari ex vera, probat textus *in l. Titianus ff. de eo, quod metus causa*, *Baldus cons. 304. prima ratio sub n. 1. lib. 3.*, & quidem ex primo desumpto ab eo, qui gerit actum ex potestate insufficienti, cum habeat aliam potestatem sufficientem, arguendo à causa efficienti ad formalem sic procedo. Non minus requiritur ad validitatem actus potestas in gerente talem actum, ac requiratur forma, sed quando actus geritur ex vna potestate non sufficienti, sustinetur, si habeat aliam potestatem sufficientem, ergo, si geratur ex vna forma, quæ non sit habilis, concurrat tamen alia forma, quæ sit habilis, & secundum se sufficiens, ille actus erit sustinendus; Ex secundo vero desumpto ab ipsa forma sic arguo. Si sententia lata ex falsa causa potest ex subsequenti vera confirmari, cur lata ex falsa simul, & vera non poterit ex vera subsistere?

Rationes pro hac responsione.

Nec obstant ea, quæ ex secunda sententia afferebantur; non primum, quod scilicet sententia debeat esse indiuidua, 7
nam hoc libentissimè admitto, non enim in ordine ad idem capitulum, & ad eandem personam potest esse pro parte vera, & pro parte falsa, nec nos dicimus, quod sententia, prout est ex causa vera, sit pro parte vera, & prout est ex causa falsa, pro parte falsa, sed diximus, quod eadem sententia sustineatur in toto, prout est ex causa vera, & secundum se sufficienti ad liberationem adæquatè producendam, nullo habito respectu ad causam falsam; vndè pro clariori notitia eorum, quæ hic dicuntur, aduertendum est, quod duo possint dupliciter concurrere ad eundem effectum, primo quatenus vtrumque ita requiratur ad effectum, vt sine vtroque effectus esse non possit. Secundo, quatenus licet vtrumque concurrat, ita tamen concurrit, vt effectus possit esse ab altero illorum tantum; Iuxta primum sensum vtrumque concurrit indispensabilitèr, adeo vt, si alterum illorum deficiat, deficiat quoq; effectus, & hoc modo non concurrunt ad illam sententiam causa vera, & falsa, &, si Iudex vellet, quod ex vtraque indispensabilitèr esset, & non aliter, certè in hoc casu sententia illa non subsisteret, si esset ex vna tantum deficiente forma ad illum actum indispensabilitèr requisita. Iuxta secundum sensum, cum vna ex illis causis puta vera sit sufficiens ad validitatem illius actus, non est, cur ex illa non possit subsistere.

Soluuntur rationes contrarię sẽtentiæ.

Non secundum propter eandem rationem; non enim nos dicimus ex vi illius sententiæ onus tutelæ pro parte subsistere, & pro parte non subsistere, sed dicimus in toto desinere ratione veræ causæ, ob quam tutor liberatur.

---

§. XCVI.

An filius familias possit excusari à munere tutelæ ex eo, quod eius pater renuat.

SVMMARIVM.

Sensus disquisitionis expositus. 1.
Sententia asserens, filium familias ex illa renitentia Patris liberari, seu excusari. 2.

Contraria sententia exponitur. 3.
Probabilius ex eo capite reluctantiæ Patris filius non potest se excusare. 4.
Soluuntur argumenta contrariæ sententiæ. 5.

1 Series quæsiti explicata.

DIsquisitio XCVI. In testamento condito à Sempronio constitutus fuerat tutor filiorum eiusdem impuberum Caius filius familias, qui habebat omnes conditiones à iure requisitas ad munus illud tutelæ obeundum; solum deerat, quod Pater eiusdem Caij renuebat cauere ad eum effectum, vt filium suum à tutelæ munere liberaret. Quæsitum hic fuit, an ex illa patris resistentia filius familias haberet sufficientem causam excusationis.

2 Sententia asserens filium familias ex illa patris renitentia excusari.

Videtur absolutè affirmandum, ex illa Patris renitentia habere filium sufficientem causam excusationis, cum filius familias vtpotè sub potestate Patris nequeat assumere obligationem ciuilem, nisi interueniente consensu, & auctoritate Patris, prout sunt vulgatissima iura; ex assumptione autem tutelæ pullulant plura onera, & obligationes ciuiles, adeoq; renuente patre non videtur posse eis grauari, adeoq; neque tutelam assumere.

Iura, & rationes pro tali opinione.

Adde ad hæc, quæ mox dicta sunt, confirmanda textum *in l. scire §. si mater in verb. sed, & si ff. de tut., & curat. dat. ab his*, vbi, si filius familias fuerit prohibitus esse tutor à parentibus, vel etiam à matre tantum, non debeat dari tutor cõtra illorum voluntatem. Ibi- *Sed, & si quis à parentibus prohibitus fuerit tutor esse, hunc neque creari oportet, & si creatus sit, nec recusauerit prohiberi eum esse tutorem monente optimo*, quod idem habetur *in l. unica C. si cont. matr. vol. tut. dat. sit*, & in hoc consentiunt *Montanus de tut., & curat. c. 23. nu. 31., & seqq., Marcus Antonius Sabellius in sum. diuers. tract. in verbo filiatio; filius, & filia nu. 73. vers. si tamen fuerit prohibitus.*

3 Cõtraria sententia exponitur.

Contrarium tamen alij sustinent, & quidem, quod filius familias, si habuerit conditiones ad hoc munus requisitas, possit esse tutor etiam renuente patre ex eo deducitur, primo, quia in ijs, quæ publici iuris sunt, non attenditur patria potestas, per textum *in l. filius familias ff. de his, qui sunt sui, vel alien. iur., Oinotimus in §. 1. Instit. Qui testam. tut. dar. pos. num. 4.*, tutela autem ex ijs, quæ in præcedentibus dicta sunt, quamuis sit munus vtilitate priuatum, est tamen auctoritate publicum, adeoq; &c.

Vrget magis pro hac parte textus *in l. si quis inter tres §. Imperator Adrianus ff. de excus. tut.*, vbi dicitur, quod filius familias possit esse tutor, & si pater renuat pro ipso cauere, vt eam repellat à tutela, compellantur ambo ad munus tutelæ obeundum. Ibi- *Existimo te huic fraudi rectè occursurum, vt & filius, & ipse ad tutelam liberorum gerendam compellantur*, vbi *glosa in verb. Clementis*, assignat formam compulsionis, vel per pignora capta iuxta textum *in §. penult. Instit. de satisd. tut.*, vel per mulctam indictam iuxta textum *in l. 1. in princip. ff. si quis ius dicen.* Quid iam in hac iurium, & rationum contrarietate concludendum? Iura pro hac secũda sententia.

4 Probabilius ex illa patris reluctantia, non potest filius familias se excusare.

Respondeo, probabilius esse ex eo capite reluctantiæ patris non posse se excusare, sed renuente patre vtrumque esse compellendum ad munus tutelæ; atq; pro hac opinione faciunt iura, & rationes pro secunda sententia adducta, seu adductæ; neque obstant, quæ ex aduerso fuerunt pro prima opinione allegata; Non primum, quia in ijs, quæ concernunt publica munera, patria potestas non consideratur, &, cum pater debeat consentire, si non consentiat, habetur pro consentiente, quia pacificantur consensus præstitus, & consensus debitus quoad effectum obligandi; Non secundum

Soluuntur argumenta contrariæ sententiæ.

deductum ex iuribus *in l. scire §. si mater in verb. sed & si ff. de tut., & curat. dat. ab his, & in l. vnica C. si contr. matr. volunt. tut. dat. sit*, quandoquidem hæc iura solum dicunt non esse filijs impuberibus dandum illum tutorem, quem parentes prohibuerunt, quia in hac parte eorum voluntas est sequenda; non autem dicunt, quod parentes possint prohibere, ne proprij filij, si fuerint in legitima ætate constituti, habeantq; cæteras conditiones requisitas, sint tutores alienorum filiorum, vt benè ponderanti huiusmodi textus fieri manifestum.

Ex quibus patet allegata iura *in l. scire, & l. vnica*, non continere aliquam contrarietatem cũ *l. si quis inter tres §. Imperator Adrianus ff. de excus. tut.*, vt ex se patet.

---

§. XCVII.

An Iudex, qui ex datione tutoris obnoxius est periculo tutelæ hanc connumeret cum alijs tutelis, ad effectum se deobligandi ab vlterioribus.

SVMMARIVM.

Series facti exponitur. 1.
Rationes suadentes, illud periculum, cui Iudex

dex subiacet, computari pro vna tutela. 2.
Illud periculum tutelæ collatæ non computatur inter tutelas, ad effectum excusandi ipsum Iudicem ab vlteriori tutela. 3.
Soluuntur obiecta opposita. 4.

1 Disquisitionis tenor expositus.

DIsquisitio XCVII. Dictum fuit in præcedentibus, quod, si quis sit grauatus tribus tutelis, possit ab alia, seu alijs sibi obuenientibus se excusare. Supponimus modo, quod Iudex habeat duas tutelas distinctarum personarum, & vlterius, quod ex eo, quod ipse, vt Iudex dederit tutorem alijs filijs impuberibus, remaneat obnoxius periculo eiusdem tutelæ, quam alteri dedit; & inquirimus, an ratione illius periculi, cui est obnoxius, intelligatur habere sufficientem causam excusationis ab vlterioribus tutelis, perinde, ac, si esset tribus tutelis grauatus, duabus scilicet præcedentibus, vt supponimus, & altera æquiualenti ratione illius periculi, cui subest, ob dationem illius tutoris.

2 Rationes suadẽtes illud periculum cui Iudex subiacet computari pro vna tutela.

Videtur absolutè asserendum, illud periculum, cui Iudex subiacet ratione collatæ tutelæ computandum esse inter alias tutelas, ad effectum excusandi eũdem Iudicem ab vlteriori tutela, quandoquidem in hoc consideratur principaliter onus, quod tutor assumit ratione illius periculi, quod potest contingere in administratione, vt colligi potest ex ijs, quæ dicta sunt *sub hoc eodem tit. de tutor., & curat. 1. prænot.20.n.45., & 46.*, vbi, quod, si pater habuerit duas tutelas, & alteram eius filius manens sub sua potestate, pater excusetur ab vlteriori tutela, eo quod periculum tutelæ, quam habet filius, ad ipsum Patrem spectet, vt videtur colligi *ex l. tria onera ff. de excusat. tut.*, ergo, cum etiam periculum tutelæ per Iudicem collatæ ad ipsum Iudicem spectet, si hic habeat duas alias tutelas, excusabitur ab vlteriori tutela. His tamen non obstantibus.

3 Illud periculum, cui Iudex subiacet, non computatur inter tutelas, ad effectum liberandi ipsum Iudicem ab vlteriori tutela.

Respondeo, illud periculum tutelæ collatæ non computandum esse inter tutelas, ad effectum excusandi ipsum Iudicem ab vlteriori tutela; vndè, si duas habeat tutelas, & vlterius illud periculũ, ratione alterius tutelæ collatæ, non habet sufficientem causam excusationis. Expressè colligitur ex textu *in l. Spadonem §. si Ciuitatis ff. de excus. tut.*, vbi sic legitur, *si Ciuitatis Magistratus incidente ei creatione, obnoxius fuerit periculo tutelæ*, hanc non connumerabit alijs tutelis, hocque exemplificat etiam in eo, qui duas habuerit tutelas, & vlterius pro alia fideiusserit; hæc etenim, pro qua fideiussit, non computatur inter tutelas, ad effectum excusandi ipsum ab vlteriori tutela. Ibi: *Quemadmodum, nec fideiussores tutelæ*, quod etiam latè docuerunt *Bartolus in l. 1. n. 34. ff. si cert. pet.* vbi dicit, hanc opinionem esse communitèr receptam, *Franciscus Marcus in prima part. decis. 340. nu. 2., & 10., Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 21. num. 12.*, & ratio est, quia ille non fungitur quoad illam tutelam alteri collatam munere tutoris, propter quod conceditur illud priuilegium, si cum alijs duabus tutelis coniungatur.

Neque obstare videntur ea, quæ pro contraria sententia fuerunt adducta de Patre habente duas tutelas, cuius filius familias alteram habet, qui certè Pater excusatur ab vlteriori tutela; Non, inquam, obstare videntur, quia exercitium trium tutelarum, quando pater duas habet, & vnam filius, est in eadem domo, & actiones filij imputantur Patri, & per consequens in hoc casu Pater ab vlteriori tutela excusatur; in casu autem, quo Iudex dedit tutorem, exercitium tutelæ non est, nec apud ipsum, nec in eius domo, adeoque &c. 4 Soluuntur obiecta opposita.

DISQVISITIONES III.

A vigesima prænotione, ad reliquas omnes.

§. I.

An tutores etiam legitimi iurare debeant per expressa verba, & formalia, quod pupilli defensionem absque vlla dilatione suscipient, adeo, vt, si sic non iurent, gesta eorum non teneant.

S V M M A R I V M.

Exponitur sensus disquisitionis. 1.
Sententia requirens expressam promissionem, & iuramentum de suscipienda omnimodo defensione pupillorum nulla interposita mora. 2.
Sententia asserens, quod sufficiat promissio defensionis per æquiualentia. 3.
Probabilius est, requiri illam expressam, & formalem promissionem de immediata defensione pupillorum. 4.

DIsquisitio I. Consentiunt communiter, quod tutor, quantumuis legiti-

1 *Exponitur sensus disquisitionis.*

gitimus ante susceptionem tutelæ debeat plurima præstare, nempe satisdare, inuentarium conficere, iurare rem pupilli saluam fore, & alia, de quibus in subsequentibus suo loco. Modo dubium insurgit, an pro forma, & valore tutelæ requiratur expresse iuramentum, quod pupilli defensionem absque vlla dilatione suscipiet, adeo vt, nisi his verbis ritu conceptis defensionem promittat, tutela non valeat, an verò sufficiat eam per verba æquipollentia promittere, & iurare. Hæc difficultas, quæ proponitur in terminis tutoris legitimi, extendi etiam potest, & debet ad datiuum.

2 *Sententia exprimens, quod requiratur expresse, quod iuret, se omnimodo sine vlla dilatione defensionẽ pupillorũ susceptürum.*

Fundamentum huius dubitationis desumitur ex *l. fin. §. omnem C. de administ. tut.* vbi expresse dicitur. *Santimus omnes tutores, vel curatores non alias creari, nisi prius cum alijs solemnibus verbis, quæ pro gubernatione rerum tàm in gestis, quàm in cautionibus ab his conscribuntur, & hoc specialiter expresserint, quod omnimodo sine vlla dilatione defensionem pro pupillis, & adultis, alijsque supra memoratis personis subire eos necesse est*, vbi, cum requiratur expressa positio huius formæ sic præscriptæ cum terminis *omnimodo, & specialiter expresserint, necesse est, non alias &c. nisi prius &c.* non videtur per quid aliud suppleri posse, quod etiam per eundem textum firmauit *Bartolus in l. legitimus in primo num. 8. vers. quintum, quod requiritur ff. de legit. tut.*, nec obstare potest, quod huiusmodi defensio sit præcipuum munus, & officium tutoris, & propterea satis, superque contineatur in constitutione tutelæ, prout *in l. tutoris præcipuum ff. de administ. tut.* Non, inquam, obstare potest, quia, ex quo lex talem expressionem præscribit tanquam formam, videtur simpliciter adimplenda, prout etiam firmat idem *Bartolus in l. Prætor in princip. ff. de non. oper. nunciat.*, *Iason in l. 1. num. 21. ff. de lib. & posth.*, *Guido Papa q. 330. nu. 6. vers. quinto, Matesilanus notab.* 107. vbi notat antiquos practicos errasse asserentes, quod loco promissionis defensionis sufficeret promissio vtilia faciendi, & inutilia prætermittendi; vnde etiam notat *Antonius Piagius de decim. tut. c. 2. nu. 67.*, in hoc nullam adesse difficultatem, posita *d. l. fin. §. omnem C. de administ. tut.*

3 *Sententia asserens, quod sufficiat promissio defensionis per æquiualentia.*

His tamen minimè obstantibus contrarium docuere plures, immo, quod sufficiat, quod illa promissio defensionis facta sit per æquipollẽtia, puta per promissionem iuratam rem pupilli saluam fore, vtilia facere, & inutilia omittere, & præcipue *Cinus ad d. l. fin. §. omnem, & ibi Baldus*, qui etiam hoc docuit *in d. l. legitimos ff. de legit. tut. & in l. 1. & 2. C. eod. tit.*, quod etiam magis probat *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 12. num. 30. vers. sed contrariam sententiam*, qui etiam hoc adducit pro ratione, quod iura potius considerant effectum verborum, quam formam per textum *in l. quoniam indignum C. de testam.*, & veritati potius insistendum est, quam apicibus verborum. Quid iam in hoc sentiendum?

4 *Probabilius est requiri illam promissioné expressã de immediata defensione pupillorum.*

Respondeo, probabilius esse, requiri illam promissionem expressam defensionis sine vlla dilatione tanquam formam, nec sufficere, quod fiat per verba æquipollentia, puta promissionis rem saluam fore, & vtilia facere, & inutilia prætermittere, & hoc specialiter propter textum in d. l. fin. §. omnem, vbi non quomodocumque ponitur illa promissio defensionis, vnde per verba importantia necessitatem. Ibi, & *hoc specialiter expresserint*, cum clausula irritante. *Non alias creari, nisi prius.* Nec in hoc audiendus est

Soluuntur rationes oppositæ.

Gutierez d. c. 12. num. 30. vers. neque obstat, dum dicit, quod hic textus referatur ad Iudicem, ne scilicet creet tutorem, qui non promittat defensionem sine vlla dilatione, non autem ad ipsum tutorem, quatenus, si hic non promittat expresse talem defensionem, eiusdem tutela, & gesta per ipsum non teneant; Non, inquam, audiendus est, quia, cum tutor administrare nequeat sine Iudicis decreto, sublata potestate Iudicis non potest datio subsistere. Deinde textus obligat eundem tutorem omnimodo ad præstandam talem expressam promissionem, adeout, si non præstet, non sit creandus tanquam inhabilis, sicque eum inhabilitat ad hoc munus.

Neque vlterius vrgent ea, quæ pro contraria sententia allata sunt, nempe iura potius considerare effectum verborum, quam ipsa verba, & potius insistendum veritati, quam verborum apicibus; Non, inquam, vrgent, quia, quod præscribitur vt forma cum clausula, vt expresse ponatur, vt in casu nostro, Ibi, & *hoc specialitèr expresserint*, non potest per æquipollens adimpleri per textum *in l. 3. §. fin. & l. qui per salutem 33. ff. de iure iur.*, *Surdus cons. 318. num. 10.*, *Tiraquel in leg. connub. verb. expressum num. 187.* vbi dicitur, quod forma debeat adimpleri proprie, & verè, & non per actum fictum, & improprium etiam æquipollentem. *Zasius in l. vbi 75. §. fundi ff. de verb. oblig. num. 11.*

§. II.

§. II.

An, quandoque gesta per tutorem non præmisso prædicto iuramento teneant.

SVMMARIVM.

Exponitur titulus. 1.

Sententia asserens, quod, quando ille tutor communiter habetur pro vero tutore, illius gesta teneant sine illa expressa promissione. 2.

Sententia asserens, gesta sine illo iuramento tenere, si non patiantur dilationem, & sint proficua pupillo. 3.

Ex titulo communis erroris gesta non præmisso illo iuramento non tenent. 4.

Ex ea, quod gesta non patiantur dilationem, & sint proficua tutori, tenent etiam non præmissa illo iuramento. 5.

1 Sensus difficultatis propositæ.

DIsquisitio II. Quantumuis ex dictis in præcedenti paragrapho illa expressio promissionis iuratæ de non relinquendo indefenso pupillo, sed de curanda eius defensione sine vlla dilatione præscribatur tanquam forma necessaria, & non supplebilis per æquipollens per textum *in d. l. fin. §. omnem C. de administ. tut.* oritur tamen difficultas, an ita sit necessaria, vt gesta per tutorem ea omissa in vllo vnquã casu non possint subsistere?

2 Sententia asserens, quod, quando ille tutor habetur communiter pro vero tutore illius gesta teneãt sine illa expressa promissione.

Speculator *in tit. de tut. §. generaliter num. 4.* per textum *in l. Barbatius Phylippus ff. de offic. prat.* sentit, quod, quando ille tutor communiter habetur pro vero tutore, quantumuis in re non præmiserit illud iuramentum, etiam nec in æquipollenti, gesta per ipsum teneant, & hoc propter eam rationem, ne contrahentes eum ipso intelligantur decepti supplente quodamodo republica ipsum defectum iuramenti, ea proportionali ratione, qua acta per Iudicem, qui communi errore habetur pro Iudice, cum tamen re vera talis non sit, in ordine ad commune bonum reipublicæ intelliguntur rata per textum *in d. l. Barbatius ff. de offic. prator.*

3 Sententia asserens gesta sine illo iuramento tenere, si gesta illa non patiantur dilationem, & sint proficua pupillo.

Bartolus *in d. l. legitimos in princip. n. 9. ff. de legit. tut.*, *Socinus cons. 153. num. 3. & seqq. vol. 5.*, *Augustinus Berous q. 68. nu. 1. & 2.*, *Siluester Aldobrandinus in princip. Instit. de agnat. tut. num 14. & alij* in alijs duobus casibus sustinent etiam non præexistente tali iuramento gesta per tutorem subsistere, nempe in ijs, quæ dilationem non patiuntur, & in ijs, quæ principaliter sunt ad commodum pupilli. In duobus ijs casibus Speculatoris, scilicet, & Bartoli cum sequentibus dirimendus remanet præsens titulus. Pro quo

Respondeo primo, ex primo capite erroris communis, quo mouetur *Speculator loc. cit.* ex textu *in d. l. Barbatius ff. de offic. Prator* gesta per eundem non præmisso tali iuramento non subsistunt *Bacca de decim. tut. c. 12. num. 8. & 9.*, *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 12. n. 33.* Ratio ex eo deducitur, quia ille textus *in d. l. Barbatius ff. offic. Prator.* procedit tantum in officijs publicis auctoritate, & vtilitate, cuiusmodi non est officium tutoris, quod, quamuis possit dici auctoritate publicum, est tamen vtilitate priuatum per ea, quæ in præcedentibus commendauimus.

4 Ex titulo communis erroris gesta non præmisso illo iuramento non tenent.

Respondeo, in secundo casu, quando scilicet ea, quæ geruntur, non admittunt dilationem, & concernunt principaliter commodum pupilli, probabilius est, quod teneant, etiam si tutor non præmiserit illud iuramentum. Ita præter præcitatos DD. *Guida Pap. q. 330. n. 6.*, *Bacca de decim. tut. c. 2. n. 64. & seqq.*, *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 12. num. 32. & 33.* Ratio ex eo deducitur, quia id, quod inductum est in fauorem pupillorum, non debet in eorundem odium retorqueri *arg. l. nulla iuris ratio 25. ff. de legib. l. quod fauore 6. C. eod. tit. c. quod ob gratiam 61. de reg. iur. in sexto*; dispositum autem *in d. l. fin. §. omnem C. de administ. tut.*, quod præmitti debeat illud iuramentum sub illa specifica forma inductum est in fauorem pupillorum, & vtique retorqueretur in eorundem odium, si in ijs, quæ non recipiunt dilationem, & principaliter proficua sunt pupillis, tutores se non possent ingerere validè sine illo iuramento, quandoquidem neglectus eorum maximè cederet in eorum damnum, ergo &c. Neque obstat, quod omissio modi, vel formæ vitiet actum etiam fauorabilem, vt euincitur ex textu *in l. qui Romæ §. Flauius ff. de verb. oblig.*; Non obstat, inquam, quia in allegato textu hoc non dicitur, & iura in necessarijs non admittentibus dilationem, & fauorabilibus pupillis maximè eisdem fauent; vnde *in l. non eo minus 14. C. de procur. & in l. neque tutoris 7. ff. de contrah. & commit. stipul.* dicitur, quod actus ob non seruatam formam ipso iure nullus valere debeat, si tendat in eius commodum, cuius fauore illa forma interducta est, quod etiam docet *Rumelinus exercit. 2. thes. 21.* Item, quod omissio formæ non vitiet, si necessitas impediat formam adimpleri *Tiraquel ad leg. connub. glos. 6.*

5 Ex titulo, quod ea, quæ geruntur non patiantur dilationem, & sint proficua pupillo, tenent etiã non præmisso illo iuramento.

Soluuntur argumenta opposita.

glos.6. num.34., Parisius cons.33. nu.19. & seqq. lib.2., Rolandus cons. 81. num.25. & seqq., Mascardus de gener. statut. interpret. roncl.9. num.78.

---

§. III.

An tutor post administratam tutelam possit inuitus compelli ad gerendam eorum curam, quorum fuit tutor.

SVMMARIVM.

Sensus disquisitionis expositus. 1.
Considerationes circa titulum. 2.
Post administratam tutelam, si alius respectus non vrgeat, non potest compelli ad curam. 3.
Tenetur tamen monere minorem, vt curatorem sibi petat. 4.
Excipe in liberto, qui tenetur etiam ad curam filiorum patroni. 5.
Non potest compelli, quamuis in testamento datus fuerit ad vtrumque munus, & tutelam susceperit sine exceptione curæ. 6.

1 Sensus disquisitionis expositus.

DIsquisitio III. Titius in suo vltimo testamento scripsit tutorem filiorum suorum impuberum Caium personam sibi beneuolam, & familiarem, & simul etiam curatorem pro tempore, quo peruenerint ad pubertatem vsque ad complementum ætatis perfectæ eorundem nempe 25. annorum. Seruatis seruandis Caius assumpsit mortuo eodem Titio testatore administrationem tutelæ, quam perfectè, & prudentèr gessit. Adueniente postea pubertate filiorum ijsdem præmonitis, vt curatorem sibi dari curarent, curam exercere recusauit. Orta hic fuit controuersia, an inuitus posset compelli ad perseuerandum in cura eorundem filiorum iam puberum?

2 Considerationes circa titulum.

Hæc controuersia secundum duplicem sensum potest examinari, vel secundum se, & in abstracto, quatenus scilicet præscindendo à quocunque alio respectu possit, vel non possit ille, qui fuit tutor, compelli etiam ad curam administrandam; vel ex suppositione, & quodamodo in concreto, quatenus scilicet, cum in eodem testamento datus simul fuerit tutor, & curator, ex eo, quod assumpserit tutelam nulla facta exceptione quoad curam intelligatur ex tunc se ad vtramque obligasse, adeoque non sit amplius in eius potestate curam recusare.

3 Post administratam tutelam præciso quocunque alio respectu, nō potest compelli ad curā.

Respondeo, iuxta primum sensum non posse inuitum compelli post administratam tutelam ad gerendam curam filiorum, qui peruenerunt ad pubertatem. *Mysinger. ad §. antepenult. Instit. de excus. tut.*, & in hoc consentire debent, quotquot asserunt curatores inuitos dari non posse *Montanus de tut., & curat. c. 29. n.20., & seqq., Paulus Christinus decis.148. n.12. vol.3., Massullus decis.174. per totum;* & non solum fundantur in ea ratione, quod curatores debeant esse voluntarij ad differentiam tutorum, qui etiam inuiti compelluntur, sed etiam ex eo, quod qui semel tutela oneratus est, non debet amplius cura respectu eorundem grauari; abundè enim patri, & filio sufficit, si eis in quibusdam amici labore consuluerit *arg. l. tutori 20. C. de negot. gest.* hocque etiam expresè habetur *in §. accepta Instit. de curat., & l. 20. Cod. eod. tit.*

4 Finita tamen tutela, tenetur monere minorem ad petendum curatorem.

Hoc tamen vnum aduerto, quod tutor finita tutela teneatur admonere minorem ad petendum curatorem, ad effectum, vt administratio in alium trasferatur, cæteroqui, si hoc non præstiterit, teneatur ipse de huiusmodi administratione vel non gesta, vel malè gesta, per textum *in l. tutori §. curator ff. de admínist. tut., Gratianus discept. for. c. 618. num. 6., Montanus de tut., & curat. c.37. nu. 80., & c. 39. n. 63., & c. 18. n. 26.*

5 Excipe in liberto, qui tenetur etiam ad curam filiorum patroni.

Limita tamen responsionem in liberto; si etenim hic à Patrono datus fuerit in testamento tutor, & curator filij eiusdem Patroni vtrumque onus sustinere cogetur per textum *in l. 5. ff. de curat., & l. libertum ff. eod. tit.*, quia propter summum libertatis præmium omnem operam, & laborem patrono, eiusq; filijs impendere debet *Ciphanus ad d. §. accepta Instit. de excus. tut.*

6 Non potest compelli quāuis in testamento datus fuerit ad vtrumq; onus, & susceperit tutelam sine exceptione curæ.

Respondeo secundo, iuxta secundum sensum supra expositum considerando scilicet rem in concreto, & habito respectu ad dispositionem testatoris ad vtrūque munus respectiuo tempore exercendum, & ad assumptionem tutelæ deputati simplicitèr sine vlla exceptione quoad curam, probabilius etiam esse, quod post administratam tutelam non possit compelli inuitus ad assumendam curā, & etiam in hoc sensu videtur habere locum textus *in d. l. tutori C. de negot. gest.*, & ratio, in qua fundatur idem textus; Neque obesse potest consideratio, quod, cum à testatore datus fuerit ad vtrumq; munus, & assumpserit quoad vnum sine exceptione aliqua quoad alterum, videatur quoad vtrumque se obstrinxisse; si etenim vtrumque noluerit, debebat

quoad

quoad vnum excipere, vel neutrum assumere. Non, inquam, obesse potest, quia, cum illa duo munera sint ex genere suo separata, nec expresse conferantur per testatorem sub conditione, vt vnum non possit assumi sine onere etiam alterum assumendi, potuit sic datus velle mentem testatoris quoad tutelam, adimplere, & non quoad curam; Nec ex eo, quod expresse non exceperit, seu protestatus non fuerit de non assumptione curæ post ministratam tutelam, argui potest, quod ad eandem curam se obligauerit ex tunc, ergo; cum sint munera diuersa, assumptio vnius non confert necessitatem quoad assumptionem alterius, potissimum cum cura non possit in inuitum conferri.

Rationes pro responsione, & solutiones contrariorum.

§. IV.

An, si mater suspicans de moribus mariti filios suos hæredes constituerit sub conditione, si a patre fuerint emancipati, pater emancipans sit eorum tutor.

SVMMARIVM.

Explicatur sensus disquisitionis. 1.
Sententia asserens Patrem in ea hypothesi posse, & debere esse tutorem filiorum. 2.
Pater in hac hypothesi non potest esse tutor. 3.
Soluuntur argumenta contrariæ sententiæ. 4.

1 DIsquisitio IV. Dictum fuit in præcedentibus, quod si mater filios suos hæredes instituerit, possit eisdem tutorem constituere. Modo supponimus, quod mater quidem filios instituerit hæredes, sed sub ea conditione, si a patre fuerint emancipati, forte ex ea ratione, quod parum fiderit de moribus patris, non tamen expresse prouiderit de tutore eisdem filijs in testamento; & quærimus, an in hac hypothesi pater, si filios emancipauerit iuxta conditionem à matre oppositam, possit esse eorundem filiorum tutor.

Sensus difficultatis expositus.

2 Videtur absolute affirmandum esse, quandoquidem emancipatio non coniungitur ex genere suo cum exclusione patris emancipantis à tutela filiorum *arg. textus in l. amicissimos §. vlt. ff. de excus. tut., & in princip. Instit. de legit. pat. tut.*, & cum mater in testamento de alio tutore non prouiderit, videtur prouisionem remisisse dispositioni iuris, secundum quam pater in ordine ad filios emancipatos etiam præfertur cuicunque alteri per textum in *§. præterea, si impubes instit. quib. mod. ius patr. potest. solu., Ioannes Gutierez de tut., & curat. part. 3. c. 4. n. 4., & part. 1. c. 13. n. 1.* vbi pariformiter procedit de domino seruum manumittente, qui, si ille fuerit impubes, remanet eiusdem tutor. His tamen minime obstantibus.

Sententia asserens patrem in ea hypothesi posse, & debere esse tutorem filiorum.

3 Respondeo, in hac hypothesi Patrem non posse esse tutorem filiorum *Baldus in l. filijs matrem C. de inoffic. testam., Gregorius Lopez in l. 10. tit. 16. part. 6. in glos. el Padre in fin., Ioannes Gutierez part. 1. de tut., & curat. c. 13. n. 7.* Expresse colligitur *ex d. l. filijs matrem C. de inoffic. test.* Ratio autem ex eo deducitur, quia, ex quo mater suspicata de moribus mariti, & respectiue patris filiorum impuberum, noluit vsumfructum bonorum, quæ ipsa reliquit pertinere ad patrem, quæ propterea ad hunc effectum filios eosdem impuberes hæredes instituit sub ea conditione, *si à Patre fuerint emancipati*, censetur etiam noluisse eadem bona transire sub administratione eiusdem, & propterea eundem etiam filium esse sub eiusdem patris suspecti tutela; ex quo patet, quod magis respexit ad eorundem filiorum vtilitatem, quam ad iniuriam eorundem patris, prout notauit *Glosa in d. l. filijs matrem in princip.*, ergo, stante tali dispositione, pater non poterit esse eorundem filiorum impuberum tutor.

Pater in hac hypothesi, non potest esse tutor.

Rationes pro hac resolutione.

Neque obesse potest, si asseratur, quod potuit quidem mater apponere illam conditionem in institutione filiorum in ordine ad bona per ipsam relicta, non autem in ordine ad personas eorundem filiorum impuberum, in ordine ad quas principaliter tutor constituitur, & sic nō erit quidem pater curator bonorum, erit tamen tutor in ordine ad personas. Non, inquam, obesse potest, quia, cum institutio fiat sub illa conditione saltem implicita, ne pater matri suspectus sit tutor eorundem filiorum, & supposito adimplemento conditionis per emancipationem, cum non remaneant amplius filij sub potestate patris, debet habere locum dispositio exclusiua matris in ordine ad eundem patrem etiam quoad personas, ratione eiusdem institutionis; cæteroqui frustrà dicerent iura, & DD., quod mater, & etiam extraneus instituens filios impuberes hæredes, posset eisdem tutorem constituere in testamento, si hoc intelligendum esset solummodo in ordine ad curam bonorum per ipsos relictorum, non autem in ordine ad tutelam personarum.

Soluitur instantia opposita.

Ex his patet, quid sit respondendum ad ea, quæ ex aduerso afferebantur; dic etenim, quod, quantumuis emancipatio

4 Soluũtur argumenta contrariæ sentẽtiæ.

non connectatur cum exclusione tutelæ ex genere suo, connectatur tamen ex dispositione matris instituentis filios sub illa conditione; ex quo enim voluit patrem excludere ab administratione bonorum, intelligitur voluisse etiam excludere à tutela, quæ ex genere suo coniungitur saltem de consequenti cum eadem administratione. Ad illud, quod subditur, dicendum est, quod ex eo, quod voluerit filios à patre emancipari, satis intelligatur voluisse patrem à tutela excludere, vnde quamuis de alio tutore in testamento non prouiderit, ipse pater non potest subingredi, sicque via aperietur alijs legitimis, vel datiuis.

---

§. V.

Quid sentiendum sit, si mater filios instituerit sub illa conditione, & Pater noluerit emancipare.

SVMMARIVM.

Explicatur, in quo consistat disquisitionis ratio. 1.

Rationes suadentes ratione illius institutionis non posse compelli ad emancipandos filios. 2.

Probabilius est, quod Patre recusante emancipare filios, hos non amittere hæreditatem sibi à matre delatam. 3.

Quomodo recusante Patre emancipare, filij possunt acquirere. 4.

Sententia asserens hæreditatem matris deuolui ad Prætorem, qui postea restituat. 5.

Probabilius per Iudicem dandus est curator, qui adeat, & restituat. 6.

Recusante Patre filios emancipare eisdem nequit dari tutor, sed tantum curator hæreditati. 7.

1 Exponitur ratio difficultatis.

DIsquisitio V. Sistimus in terminis præcedentis disquisitionis, secundum quos mater instituit hæredes filios sub illa conditione, si fuerint à patre emancipati; & supponimus, quod pater nolit adimplere conditionem emancipationis; sicque quærimus, an ob non adimplementum illius conditionis filij amittant hæreditatem, an vero adhuc acquirant, & pater, cum retineat patriã potestatem in filios deficiente emancipatione constituatur tutor, an verò acquirant, & non obstante non emancipatione alius tutor à patre filijs sit constituendus?

Quod Pater non possit compelli ratione illius institutionis conditionatæ ad emancipandos filios videtur deduci ex textu *in l. filius familias §. secundum vulgarem ff. de legat.* 1. Ibi *secundum vulgarem formam iuris, si quis liberos suos emancipare rogatus fuerit, non cogitur hoc facere; potestas etenim patria inæstimabilis est*, & licet dicatur in textu *in l. si cui legatum ff. de conditionib., & demonst.*, quod, si quis legauerit centum Seio, & rogauerit eum, vt filios suos emanciparet, quamuis non possit cogi iure actionis ad emancipandos eos, extra tamen ordinem possit compelli, quia voluntas testantium non debet circumueniri; hoc tamen ad summũ intelligendum est, quatenus ipse legatarius agnouerit legatum, vbi etiam redditur ratio, *sic damnum hoc accipiendum est quemadmodum, si sub conditione liberorum emancipandorum ei fuisset legatum, vel ita relictum, vt eos emanciparet*, nam, qui vult legatum, vt antecedens, debet etiam velle emancipationem tanquam consequens. Cum autem in præsenti hypothesi nihil patri fuerit relictum, sed tantum filijs non videtur ipse pater vlla ratione posse compelli ad eosdem filios emancipandos. Quomodo iam hæc res in hac hypothesi erit regulanda? Certè, cum talis emancipatio non sit debita, nõ potest dici, quod, quamuis non sit posita, sed negata habeatur pro posita; & sic, cum patrem habenti ex vulgatis iuribus dari non possit tutor, maximè perseuerante patria potestate, sequitur, quod non sit excludendus.

2 Rationes suadentes ratione illius institutionis Patrem non posse compelli ad emancipandos filios.

Respondeo primo, probabilius esse Patre recusante filios emancipare eosdem filios non amittere hæreditatem sibi à matre delatam. Rationem ex eo deduco, quia mater apponendo illam conditionem non intelligitur ita eidem applicuisse hæreditatem, vt sine illa hæreditas filijs non deuolueretur, sed apposuisse ad eum effectum, ne bona administrarentur à Patre eidem Matri suspecto ob mores in eodem cognitos, ergo Patre recusante eosdem filios emancipare, cum aliunde possit Pater ab administratione remoueri, hæreditas ad eosdem filios deuoluetur, cum aliunde possit haberi finis ab eadem matre in illa conditione intentus; habito etenim fine legis non est, cur lex ipsa frustretur.

3 Probabilius etiã recusante Patre filios emancipare, filij acquirunt hæreditatẽ Matris.

Si autem hic inquiras, quomodo hæc hæreditas possit filijs acquiri nolente Patre emancipare? nam ex vna parte ipse Pater non potest adire, cum intelligatur per illam conditionem appositam

impe-

4 Quomodo recusante Patre emancipare possint filij acquirere.

impeditus a quacunque aditinne, & administratinne; ex alia parte, cum filij sint pueri lis ætatis, nequeunt etiam adire, nec etiam per tutorem, & curatorem, cum habere illos nequeant existente Patre, sub cuius potestate adhuc sunt *arg. textus in l. fin. C. de curat. furiof. & in princip. Instit. de tutel.* Nonnulli asserunt, inter quos

5 Sententia asserens hæreditatem Matris deuolui ad Prætorem, qui postea restituat.

vna Glosa in l. filijs Matrem in verb. debet in fin. C. de inoffic. testament., quod hæreditas deuoluatur ad Prætorem, qui postea restituit filijs dato eisdem curatore. Alij dicunt adeundum esse Iudicem, per quem curator dandus sit hæreditati, qui posteà restituat iuxta textum *in l. fin. §. sin autem in secunda ætate C. de bon. quæ lib. & in auth. vt liceat Matri, & Auiæ §. 1. & §. si verò forsan collat. 8.*

6 Probabilius dandus est per Iudicem curator, qui adeat, & postea restituat.

Probabilius arbitror, per Iudicem dandum esse curatorem, qui adeat, administret, & postea restituat. Vt videtur colligi ex *l. 1. & 2. ff. de curat. bon. dan. & ex l. fin. §. sin autem, & §. vbi autem pueritis ætas C. de bon. quæ lib.*

7 Recusante Patre filios emancipare eisdem filijs nequit constitui tutor, sed tantum curator hæreditati.

Respondeo secundo. In hac hypothesi Patris recusantis filios emancipare non potest propriè tutor eisdem filijs constitui, sed solum curator hæreditati *Glosa in d. l. fin. in verb. hæreditati C. de bon. quæ lib.* Ratio primæ partis ex generali regula deducitur, secundum quam filio existenti in potestate Patris non habentis exceptiones tutor dari non potest per textum *in l. fin. C. de curat. fur. & in princip. Instit. de tutel.* Ratio secundæ partis est, quia per illam conditionem à Matre appositam in testamento Pater ipse excluditur ab administratione bonorum per ipsam relictorum, ergo hæreditati per ipsum relictæ alius curator erit constituendus, qui eadem bona administret, & postea restituat *arg. textus in d. l. 1. & 2. ff. de curat. bon. dand. & l. ab hostibus in princip. ff. quib. ex cauf. ma. & l. 3. C. de capt.*

Verum tamen est, quod, cum Mater instituens filios, & rogans eosdem per Patrem emancipari, præsumatur hoc præstitisse ob suspicionem malorum morum in Patre, possit Iudex super iisdem inquirere, & cognita inidoneitate eiusdem patris ad gubernium filij, seu filiorum possit ipsum à cura eorundem filiorum remouere, & alium constituere, qui nedum curam bonorum exerceat, sed etiam eorundem filiorum.

§. VI.

An Mater naturalis non petens filijs tutorem amittat ius ad successionem.

SVMMARIVM.

Series disquisitionis exposita. 1.

Mater naturalis succedit ab intestato filijs illegitimis naturalibus. 2.

Mater naturalis non petens filijs illegitimis tutorem intra tempora à iure præfinita priuatur eorum successione. 3.

Nec excusatur, quamuis allegat ignorantiam iuris. 4.

Ignorantia iuris solum arcet à lucro, non obest in amittendo. 5.

1 Series disquisitionis exposita.

DIsquisitio VI. Susceperat Caia ex illicito concubitu Fabium filium illegitimum, & naturalem, eidemq; , cum ipsa nollet tutelam suscipere, neglexit intra tempora præfinita tutorem petere. Quæsitum hic fuit, an ratione talis omissionis priuetur iure successionis, sicuti priuaretur, si esset mater legitima, & naturalis?

2 Mater naturalis succedit ab intestato filijs naturalibus, & illegitimis.

Matrem naturalem succedere ab intestato filijs naturalibus, & illegitimis certo certius est, sicuti etiam ipsi filij illegitimi succedunt matri per textum *in l. Modestinus l. hac parte l. spurius ff. unde cognat., Albericus in l. parentes in fin. ff. de in ius vocan., Montanus de tut. & curat. c. 25. num. 25., Menochius de arbitrar. cas. 150. num. 40.*, quia Mater semper est certa, & cognationis iura cum illis retinet. Seruanda tamen in hoc est distinctio *l. si qua illustris C. ad Senat. Consult. Orfician.*, vt scilicet hoc non procedat quoad matrem illustrem, quæ simul habeat cum filijs legitimis illegitimos, quia tunc illegitimi cum legitimis eidem matri non succedunt, quod etiam videtur dicendum quoad successionem eiusdem matris in ordine ad filios spurios attenta ratione, quæ in eodem textu assignatur, quia scilicet *in mulieribus ingenuis, & illustribus, quibus castitatis obstructio præcipuum debitum est nominari spurios satis iniuriosum, satisque acerbum, & nostris temporibus indignum esse iudicemus.*

Respondeo, Matrem etiam solum naturalem, si filijs naturalibus, & illegitimis non petat intra tempora à iure præfinita tutorem, priuari successione eorundem filiorum *Baldus in l. matres C. qui pet. tut. & ibi Glosa, Salicetus, Bartolus in l.*

3 Mater naturalis non petens filijs naturalibus intra tempus tutorem priuatur eorum successione.

2. §. si mater ff. ad Tertul., *Antonius Gabriel lib. 1. commun. opin. concl. 1. de tutel. nu. 2.*, *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 16. num. 49.* Expressè colligitur *ex d. l. Matres C. qui petant tut.* Ibi- *Matres naturalibus etiam filijs ad similitudinem eorum, qui ex iustis, & legitimis nuptijs sunt procreati petendorum tutorum necessitati subiaceant*, & ratio ex eo deducitur, quia quoad Matrem pro legitimis reputantur *l. si suscepta §. de inofficioso ff. de inoffic. test. §. tam autem, & ibi Aret. Instit. eod.*, *Alexander in l. ex facto §. si quis rogatus n. 4. ff. ad Trebel. vbi testatur de communi Palaeotus de noth. & spur. c. 36. num. 4.*, *Tiraquel in l. si vnquam verb. susceperit liberos n. 62. C. de reuoc. donat.*, ergo, sicuti mater legitima tenetur filijs suis impuberibus tutorem petere, & si non petat, priuabitur &c. ita &c. Confirmatur ex generali regula, secundum quā habentes proximius ius ad successionem tenentur tutores petere, à qua regula non video, cur sit excipiēda mater naturalis, dum iuxta allegata iura filijs suis naturalibus succedit.

Filij naturales quo ad matrē pro legitimis reputantur.

Hæc, quæ hic dicuntur, adeo vera sunt, vt quamuis mater naturalis allegaret ignorantiam iuris, in hoc non esset audienda, nec legis pænam effugeret, quia vt benè notat *Glosa in d. l. fin. in verb. profutura C. qui petant tut.* hæc esset ignorantia in iure naturali, vt habetur *in l. 2. C. de in ius vocan. l. si patronus hæres ff. si quid in fraud. pa.*, vnde in hoc locum habere non possunt textus *in l. error ff. de iur. & fact. ignor. & l. fin. §. si quis vero C. de codicil.*, quia isti procedunt de ignorantia iuris positiui, quæ facilius in fæminis præsumitur; vnde meritò, quia hic agitur de iure naturali *in d. l. fin. C. qui pet. tut.* subditur *nulla eis ignorantia ad euitandu legibus, vel sacris constitutionibus definita, si petitionem tutorum minus curauerint profutura*.

4 Nec excusaretur, quamuis allegaret ignorantiam iuris.

Sed hic oritur difficultas, an ea, quæ dicuntur de negatione excusationis ex motiuo allegatæ ignorantiæ, æquè intelligenda sint in ordine ad non quærendum, ac in ordine ad amittendum, seu, quod idem est, procedant, siue in ordine ad pænam impropriam de non lucrando, siue in ordine ad pænam propriam de amittendo? Glosa *in d. l. fin. C. qui pet. tut.* videtur admittere, quod in hoc ignorantia iuris solum arceat à lucro, non obsit autem in amittendo; hocque probat per textum *in l. fin. C. de iur. & fact. ignor.* Solum aliquid difficultatis videtur facescere consideratio, quod, licet non possit in Matre præsumi ignorantia iuris exigentis, vt filijs suis impuberibus tutores petat, cum tale ius sit naturale, præsumi tamen possit quoad pænas, quæ propterea ipsam non possunt afficere; Sed hæc difficultas facilè solui potest, si asseratur, sufficere, quod sit notitia iuris præcipientis, nam tunc in consequentia venit priuatio successionis, cum indignus quis videatur successione eius, cuius contra ius naturale curam, & incolumitatem neglexit, vnde probato neglectu, & supposita notitia iuris præcipientis, non potest suffragari allegatio ignorantiæ quoad pænas.

5 Ignorantia iuris solum arcet à lucro non obest in amittendo.

---

§. VII.

An libertus non petens tutorem filijs patroni sui afficiatur aliqua pæna, & quanam.

SVMMARIVM.

Sensus disquisitionis exponitur. 1.
Libertus non petens tutorem filijs patroni constituitur reus deserti obsequij. 2.
Enumerantur pænæ, quas subit libertus, non petens filijs patroni tutorem. 3.
Reuocatur etiam in seruitutem. 4.
Intellige, nisi fuerit manumissus, ex causa necessaria. 5.
Liberi liberti, si orti fuerint pro tempore libertatis paternæ, reuocato Patre in seruitutem non reducuntur ad seruitutem. 6.
Si vero orti fuerit, postquam Pater ad seruitutem redactus est, nascuntur serui. 7.
Ad hoc, vt reuocetur ob hanc causam in seruitutem requiritur sententia. 8.

DIsquisitio VII. Titius ex iusta causa Amarut seruum suum à seruitute manumisit, & deindè Titius patronus occubuit relictis filijs legitimis impuberibus non constituto eisdem Tutore. Amarut manumissus, seu factus libertus neglexit filijs patroni sui impuberibus tutorem petere intra tempora à iure præfinita. Dubitatum hic fuit, an idem libertus ob illum neglectum aliqua pæna afficiatur, & quanam.

1 Series quæstionis exposita.

Textus *in l. patroni C. qui pet. tut. vel curat.* cognoscit obligationem in eodem liberto petendi eisdem filijs patroni sui impuberibus tutorem, quam, si omiserit adimplere, eum constituit reum deserti officij. Ibi- *Cum adire prætorem, & nomina edere, ex quibus tutores constituantur, ne, si cessaueris, obsequij deserti periculum subeas.* Sed difficultas circa præsentem disquisitionem versatur, an ob desertum obsequium aliquam pænam incurrat, & quamnam?

2 Libertus non petens tutorem filijs patroni constituitur reus deserti obsequij.

Glosa

Glosa *in d. l. patroni C. qui petant tut. vel cur. in verb. subeas* inter pœnas enumerat primo verberationem per textum *in l. 2. §. liberti ff. qui pet. tut.* secundo reuocationem in seruitutem, quam pœnam nonnulli penes eandem Glosam asserunt contineri *in l. ingratus ff. de iur. patron. & in l. si manumissus C. de lib. & eorum lib.* Sed quoad hanc pœnam reuocationis in seruitutem videtur obstare textus *in l. solo obsequij C. de liberal. caus.* vbi expresse dicitur, *quod solo obsequij non præstiti velamento data libertas rescindi non potest*. Sed ad hoc respondet *Glosa ibid.* distinguendo de duplici obsequio; alterum, quod sit necessarium, alterum non necessarium, sicque dicit, quod obsequium necessarium non præstitum cessare faciat libertatem concessam, non sic autem obsequium non necessarium, si non fuerit præstitum; neglectus autem petitionis tutoris, de quo hic agimus, intelligendus est de omissione obsequij necessarij, adeoque &c.

3 Enumerantur pœnæ, quas subit libertus non petens filijs patroni tutorē.

4 Reuocatur etiam in seruitutem.

Hic tamen aduertendum est, an ille libertus fuerit manumissus ex causa necessaria, an verò omnino liberali, puta, quia patronus ex aliqua hæreditate sibi delata sub conditione manumissionis seruum liberauerit, vel quia ex proprio voluntatis arbitrio nulla vrgente necessitate manumiserit; si etenim ex necessitate manumiserit, non videtur ex defectu obsequij posse in seruitutem reuocare, hocque expresse habetur *in l. 1. ff. de libert. & eorum lib.*; si verò ex causa liberali, & arbitraria, vtique videtur posse reuocare propter iura, & rationes supra allegata, & allegatas.

5 Intellige nisi fuerit manumissus ex causa necessaria.

Sed numquid, si ipse libertus fuerit in seruitutē reuocatus ob non præstitū filijs obsequiū impuberibus patroni sui in petitione tutoris intelligātur etiam eiuldē liberti etiam eum illo in seruitutem iterum reduci? In hoc distinguendum est, vel etenim liberi liberti orti erant antequam iterum reduceretur in seruitutem, vel nati sunt, postquam iterum in seruitutem fuit reductus. Si orti fuerint pro tempore libertatis paternæ certum est, quod per seruitutem, ad quam Pater fuit reuocatus ob illud non præstitum obsequium, ipsi non reducantur in seruitutem, prout expresse habetur *in d. l. si manumissus ff. de libert. & eor. lib.* Ibi- *Quoniam illis delicta parentum non nocent, quos tunc esse ortos constiterit, dum libertate illi potirentur.* Si verò orti fuerint, postquam eorum pater iterum seruus est effectus, tunc certum est, eos nasci seruos, quia ex parente seruo nascuntur, quod colligitur *ex d. l. si manumissus* Ibi- *filijs etiam, qui postea nati fuerint seruitutis*. Sed quid dicendum erit, si filij non fuerint nati, quando eorum Pater iterum fuit in seruitutem redactus, fuerint tamen concepti. Tunc *Glosa in d. l. si manumissus in verb. nati C. de libert. & eor. lib.* asserit, quod, si fuerint concepti ante reuocationem Patris in seruitutem, adhuc reuocato Patre in seruitutem non nascantur serui, sed liberi, cum ante concepti pro natis habeantur per textum *in l. qui in vtero ff. de stat. hom. & l. Paulus §. 1. ff. pignor.*

6 Si filij liberti orti fuerint pro tempore libertatis paternæ reuocato Patre in seruitutem ipsi non reducuntur ad seruitutem.

7 Si verò orti fuerint postquam Pater est reductus ad seruitutem ipsi nascuntur serui.

Solum hic oritur difficultas, an, si libertus omiserit intra tempora à iure præfinita tutorem filijs impuberibus patroni sui petere, ipso iure iterum in seruitutem reuocetur, an verò necessaria sit Iudicis sententia? Crederem, ad hoc requiri Iudicis sententiam, quod videtur colligi *ex d. l. si manumissus* Ibi- *Si ia iudicio, vel apud pedaneos Iudices patroni querela exorta ingratum eum ostendat*, quod clarius explicans *Glosa ibid.* Si coram, inquit, Iudice ordinario, vel delegato ostenderis libertum ingratum, in seruitutem reuocabitur, quæ verba videntur exigere sententiam Iudicis, cui constet delictum, & super illo sententiam ferat.

8 Ad hoc vt libertus ob nō petitum tutorem reuocetur in seruitutem requiritur Iudicis sententia.

---

§. VIII.

An extante tutore testamentario, qui non administret, teneatur Mater filijs tutorem petere.

SVMMARIVM.

Sensus disquisitionis explanatus. 1.
Sententia negans in hac hypothesi Matrem teneri petere tutorem. 2.
Sententia docens absolutè teneri. 3.
Probabilius tutoribus testamentarijs non administrantibus, tenetur Mater vel eos compellere ad administrandum, vel alios petere. 4.

Disquisitio VIII. Caius condito suo vltimo testamento, relictisque filijs impuberibus, quos sibi hæredes scripsit, eisdemque in eodem testamento constituto tutore decessit. Mortuo Caio tutor quæsiti. per illum datus in testamento tutelam non suscepit, nec administrabat. Quæsitum hic fuit, an Mater sub pœna non periti tutoris teneretur tutorem alium filijs suis impuberibus petere?

1 Exponitur series facti.

Negant in ea hypothesi, Matrem teneri filijs tutorem petere *Bartolus in l. 2. ff. qui*

ff. qui pet. tat. & ia l. vlt. §. personis C. de adminiſt. tat., Baldas in l. precibas n. 18. C. de impub. & aly ſubſtit., Socinus conſ. 20. n. 4. vol. 1., Maraata in repetit. l. is poteſt num. 222. ff. de acq. hared., quinimmo, nec teneri curare, quod tutor a Patre datus adminiſtret, docent *Baldas conſ. 403. in 4. vol., Abbas conſ. 90. vol. 2., Aret. conſ. 107., Marianus Iun. conſ. 16. vol. 2.* Exiſtente etenim tutore teſtamentario onus incumbit eidem curandi vtilitatem filiorũ, nec neceſſe eſt, vt mater ſit ſollicita, vt adminiſtret. Addito etiam, quod, cum Pater potius fiderit eidem tutori, quam ipſi matri, videatur ipſa mater per conſtitutionem talis tutoris teſtamentarij exempta à quocunque onere in ordine ad curam filiorum.

2 Sententia negans Matrem in hac hypotheſi teneri petere tutorem.

Rationes pro hac ſententia.

Contrarium tamen ſuſtinet *Lucas de Penna in l. nullus C. de proxim. SacroScria. lib. 12. verſ. tertio quaeritur*, qui potiſſimũ ea mouetur ratione, quod finis legis obligantis matrem ad petendũ filijs ſuis impuberibus tutorem militet etiam in hoc caſu; hic etenim eſt, ne pupilli maneant indefenſi, & eorum bona obnoxia periculis, & damnis ob non exiſtentiam curatorum, qui teneantur ex proprio munere defendere, & tueri, ſed hic finis militat etiam, dum adeſt tutor teſtamẽtarius, qui tamen non adminiſtret, nec vllam curam ſubeat perſonarum, & bonorum, ergo in hac hypotheſi mater non petens tutorem deficit à munere ſibi à natura, & iuribus iniuncto, adeoque tenebitur pœnis contra obligatos non petentes iniunctis. Quid iam in hac facti ſerie concludendum?

3 Sententia docens abſolutè teneri.

Rationes pro hac ſententia.

In præcedentibus *ſub hoc eodem tit. de tutor., & curat. praenot.* 13. inter cauſas excuſantes matrem a pœnis, ſi tutores non petierit *verſ. tertia cauſa eſt*, enumerabamus hanc, ſi pupilli habeant tutorem teſtamentarium; antetamen *ſub eadem praenot. aſſert. 2. verſ. nec ſolum mater*, iuxta textum *in l. 2. ff. qui per. tut., vel curat.* dixeramus, quod, ſi mater remouere non fecerit tutores iam datos non idoneos editis aliorum nominibus, ius non habeat vendicandorum ſibi bonorum inteſtatorum filiorum; Quod, ſi hæc verificantur, quando tutores iam dati deſides ſunt, aut ſuſpecti, non video, cur verificari non debeant, quando ijdem tutores aperte tutelam non adminiſtrent.

Aliæ rationes idem ſuadentes.

Ad hæc reſpondet *Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 16. nn. 42., & ſeqq.* textum illum *in d. l. 2. ff. qui per. tut., vel curat.*, procedere tantum quoad tutores petitos a matre, non ſic autem quoad teſtamentarios, cum ad ipſam non ſpectet eoſdem teſtamentarios ad adminiſtrationem compellere, & per conſequens, nec ad eorum remotionem agere, nec ad ſuffectionem aliorum. Idipſum ſenſit *Marianus conſ. 16. num. 28. lib. 2., Montanus de tut., & curat. c. 18. n. 15.*

Confutatio harũ rationũ per Gutierez.

Reſpondeo tamen, mihi valdè probabile eſſe tutoribus teſtamentarijs non adminiſtrantibus teneri matrem, vel eoſdem compellere ad adminiſtrationem, vel editis aliorum nominibus agere ad aliorum electionem, quod etiam valde approbat *Angelus in §. ſed quemadmodum n. 7. Inſtit. ad Tertal.*, durum etenim mihi videtur, quod mater non ignara neglectus bonorum filiorum ſuorum poſſit impunè acquieſcere, & relinquere eadem bona expoſita periculis, & diſperſionibus, cum hoc repugnet naturali pietati maternæ, vndè digna non videtur ſucceſſione in bonis eorundem filiorum, quę contra naturalem inſtinctum ſe exuit commiſeratione erga eoſdem. Vidè, quę late de hoc diximus *ſub hoc eod. tit. praenot. 13. ſub aſſert. 2. verſ. ſecundo circa hoc contingit dubitari*, vbi etiam reſpondetur aduerſantium rationibus.

4 Mater probabilius tenetur, vel eos compellere, vel alios petere.

---

§. IX.

An habenti tutorem poſſit adiungi curator ob augmentum facultatum.

SVMMARIVM.

Exponitur ſenſus diſquiſitionis. 1.

Poteſt filio habenti tutorem adiungi curator in ordine ad facultates adauctas. 2.

Si hæreditas adaucta fuerit in eadem prouincia, poteſt ſolum dari curator, ſi in diuerſa etiam tutor. 3.

Aſſignatur ratio talis diuerſitatis. 4.

In quo conſiſtat munus talis curatoris adaucti. 5.

Ex eo, quod fuerit adauctus curator, non ſequitur, quod tutor prior prius ſit liberandus. 6.

DIſquiſitio IX. Titius in ſuo vltimo teſtamento conſtituit filio ſuo impuberi tutorem, & poſtea prædeceſſit. Tutor ſic conſtitutus tutelam ſeruatis ſeruandis ſuſcepit, & poſtea ex interuallo pinguis hæreditas eidem filio impuberi aliunde obuenit. Quæſitum hic fuit, an ratione talis augmenti poſſit curator adiungi, & quodnam debeat eſſe iſtius munus, quæq; obligatio in iſto conſurgat, & pro quonam tempore?

1 Senſus diſquiſitionis.

Reſpon-

2 *Potest filio habenti tutorẽ curator adiungi in ordine ad facultates adauctas.*

Respondeo, primo posse in hac hypothesi filio impuberi habenti tutorem adiungi curatorem in ordine ad facultates adauctas. In hoc consentit *Glosa in l. propter latè diffusum in verb. Curatores, & in l. cum ob augmentum in princip. C. in quib. cas. tut. vel curat. hab.*, & expresè colligitur ex eisdem textibus, vbi proptèr latitudinem facultatum admittitur posse adiungi tutori curatorem.

3 *Si hæreditas adaucta fuerit in eadem prouincia, potest solum curator adiungi, si in diuersa, etiam tutor.*

Sed, si hic quæras, an etiam alius tutor possit adiungi, & cur potius curator, quam tutor? Glosa *in d. l. propter latè diffusum in verb. constituunt C. in quib. cas. tut., vel curat.* distinguit, vel etenim hæreditas, quæ de nouo obuenit, est in eadem prouincia, & tunc dicit posse solummodo adiungi curatorem, hocque probat per textum *in l. propter litem §. fin. ff. de excus. tut.*, vbi dicitur, quod tutor datus simplicitèr, vel per testamentum, vel per Iudicem non possit compelli gerere tutelam bonorum, quæ sunt vltra centum milliaria, nisi esset in eadem prouincia, & ibi subditur, *& ideo illarum rerum dabunt tutores in Prouincia Præsides eius*, vel hæreditas, quæ obuenit, est in diuersa prouincia, & tunc dicit posse dari tutorem, & hoc probat per textum *in l. testamento C. de excus. tut., & in l. tutores, qui post §. rerum ff. de administ. tut.*

4 *Assignatur ratio talis diuersitatis.*

Si autem quæratur, cur, si hæreditas in eadem prouincia existat, non possit tutor constitui, sed solum curator? tunc Glosa *in l. licet tutorem habenti in verb. non potest C. in quib. cas. tut. vel curat. hab.* nonnullas rationes adducit, & primo, quia tutor datus simplicitèr habet plenitudinem potestatis in pupillum, & eius res, vndè alius superueniens non potest habere eandem plenitudinem, & sic potest adiungi curator, de cuius munere non est, vt habeat talem plenitudinem potestatis. Secundo, quia tutor datur personæ, & per consequens rebus omnibus per textum *in §. certè instit. qui testam. dar. tut. possunt, & §. datus instit. de excus. tut.*; curator vero rebus tantum datur per textum *in l. in copulandis C. de nupt.*, & propterea dari potest etiam rebus aliquibus, & non omnibus. Tertio, quia tutor datus auctorizat in aditione hæreditas, nõ sic curator per textum *in l. cum in vna §. tutor ff. de appel.*

Sed, cum dicatur, quod tutor habeat plenitudinem potestatis, non sic curator, & quod tutor detur personæ, & per consequens rebus omnibus, ne sic curator, qui datur tantum rebus, remanet adhuc explicandum cur *Glosa in d. l. propter latè diffusum*, asserat, quod, si hæreditas sit extra eandem prouinciam possit quoad eandem dari tutor, secus, si sit intra eandem prouinciam, in quo casu potest solummodo dari curator; si etenim tutori competit plenitudo potestatis, & principalitèr præficitur personæ pupilli; quomodo ille, cui confertur administratio bonorum extra prouinciam, & in qua non degit pupillus, potest habere plenitudinem potestatis in ordine ad omnia bona, & præesse eidem pupillo? Ergo etiam quantumuis hæreditas existat extra prouinciam habenti tutorem non poterit adiungi alius tutor, sed ad summum curator. At hæc responderi potest, quod, quamuis tutela secundum se, & regularitèr sit cum plenitudine potestatis in ordine ad personam, & bona pupilli; ex accidenti tamen, puta, si bona esset valdè diffusa, possit restringi ad aliqua tantum, & diuidi inter plures per ea, quæ etiam in præcedentibus docuimus; & licet in ordine ad personam pupilli tutor datus extra prouinciam nõ videatur posse suffragari, nihilominus adhuc potest dici tutor, quia, quamuis propter absentiam in ordine ad personam pupilli non habeat exercitium tutelæ, seu actualis gubernij, habet tamen tutelam in habitu, seu in actu primo, cuius exercitium posset habere, si fieret præsens, non .n. repugnat, quod eiusdem, seu eorundem pupillorum plures sint tutores vel simul, vel successiuè dati per ea, quæ in præcedentibus docuimus. Quod, si non placet hæc responsio dicite, quod *Glosa in d. l. proptèr latè diffusum C. in quib. casib. tut., vel curat.* acceperit promiscuè nomen tutoris pro curatore. *Proponitur dubium, & simul dissoluitur.*

Respondeo secundo. Munus curatoris adiuncti ratione patrimonij adaucti, si bona fuerint in eadem prouincia, seu tutoris iuxta sensum mox explicatum, si bona fuerint extra prouinciam, præcipuè consistit in administratione bonorum, quæ de nouo aduenerunt seruatis in hoc genere seruandis, nempe confecto prius inuentario, præstita cautione fideiussoria, & iuramento de bene gerendis negotijs pupillorum. In hoc consentiunt communitèr; & hoc oritur ex ipsa natura curatoris iuxta latè in præcedentibus probata, & allegata; & sicuti hic potest solummodo gerere administrationem quoad bona adaucta, ita poterit solummodo quoad illa conueniri.

5 *Munus curatoris adaucti consistit in administratione bonorum, quæ de nouo aduenerunt.*

Respondeo tertio ex eo, quod quoad huiusmodi bona adaucta adiunctus fuerit tutor vel curator iuxta supra explicata non sequitur, quod tutor prior prius sit liberandus. Expresè colligitur

ex

ex textu *in l. cum ob augmentum C. in quib. caſ. tut. vel curat. habent*. Ibi *Cum ob augmentum facultatum curatores adiungi ſoleant, non prius dati tutores ab adminiſtratione eorum liberantur*; ex quibus ſequitur, quod tutor prius datus tandiu debeat perſeuerare in tutela, quandiu perſeueraret, ſi alius tutor, ſeu curator ob facultates adauctas non eſſet adiunctus per textum *in l. quoties §. fin. ff. de adminiſt. tut.*

6 Ex eo, quod fuerit adauctus curator nō ſequitur, quod tutor prior prius ſit liberandus.

Sed hic ſuboritur difficultas, an, ſi ob facultates adauctas in eadem prouinciam datus fuerit curator, eius munus duret dumtaxat ad tempus, quo durat tutor, an verò protrahatur ad ætatem perfectam 25. annorum ætatis eius, cui fuit datus? Ex vno capite videtur dicendum, quod durare debeat dumtaxat ad tempus, quo perſeuerare debet tutor, cum detur quodamodo in adiutorium eiuſdem, cum ob diffuſum patrimonium nō valeat omnia adminiſtrare, ſicque ceſſante tutoris munere ceſſare debet, & munus eiuſdem curatoris adiuncti, ne latius ſit munus adiuncti, quam principalis, cui adiungitur. Ex alio capite, cum munus curatoris ex genere ſuo protrahatur vſque ad ætatem 25. annorum eius, cui datur, & in hac hypotheſi detur formalitèr, vt curator, videtur protrahendum vſque ad illam ætatem. Probabilius arbitror protrahi vſque ad ætatem 25. annorum, niſi aliud fuerit expreſſe diſpoſitum, & hoc propter rationem mox adductam, quod ſcilicet curator, qua talis, protrahatur de iure cōmuni vſque ad illud tempus, Nec obſtant quę ex aduerſo afferebantur, quia, cum detur in ordine ad diuerſas res non habet vllam dependentiam à tutore antecedentèr dato in ordine ad ſecundum patrimonium; & ſicuti, ſi plures dati fuerint tutores, qui auctore Iudice diuiſerint bona vnus in adminiſtratione non communicat cum alio, ita vnus ab altero nō dependet. Adde, quod regularitèr ille, qui datus eſt tutor elapſo tempore, ad quod durat tutela, perſeueret, vt curator in bonis vſque ad annum vigeſimum quintum, & hoc ex conſuetudine ferè vbique recepta, adeoque etiam curator datus quoad ſpecialia bona debeat vſq; ad illud tempus perſeuerare.

Curator adauctus durabit vſque ad 25. annū eius, cui datur.

§. X.

An, ſi Mater filijs tutores indignos, ſeu minus idoneos petierit, & Iudex eoſdem dederit, culpa, & pęna imputetur Iudici, an verò Matri.

SVMMARIVM.

Senſus quæſiti expoſitus. 1.
Tàm mater, quàm Iudex grauiter in proprio munere delinquunt petendo, & dando tutorem non idoneum. 2.
Mater proponendo tutorem non idoneum priuatur iure ad ſucceſſionem filiorum. 3.
Iudex, ſi ſcienter dederit non idoneum tenetur ad omnia damna inde ſecuta. 4.
Modo Iudex dans non idoneum ad petitionem aliorum primo loco non conuenitur. 5.

Diſquiſitio X. Mortuo Titio Patre, nulloque filijs ſuis impuberibus relicto tutore teſtamentario vxor eiuſdem, & reſpectiuè mater eorundem filiorum impuberum ad effectum, ne excluderetur à ſucceſſione eorundem petijt, quidem intra tempus à iure præfinitum tutorem, ſed ſcienter indignum, ſeu minus idoneum, quem Iudex etiam cum ſcientia inidoneitatis, vel omiſſa debita inquiſitione confirmauit. Per tutorem ſic datum adminiſtrata fuerunt bona filiorum impuberum, ſed cum magno detrimento rerum, ſeu facultatum pupillarium. Orta hic fuit controuerſia, an æquè culpa eſſet imputanda Matri petenti, ac Iudici confirmanti, & an vterque ſubſit pænæ, & cuinam?

1 Exponitur titulus in ſuis terminis.

Reſpondeo primo, tam Matrem petentem, quàm Iudicem dantem grauitèr in proprio munere delinquere petendo, & dando tutorem indignum minus idoneum. Ita expreſsè *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 16. num. 56.* Ratio ex eo deducitur, quia Mater ex officio materno tenetur conſulere indemnitati pupillorum, ergo a fortiori tenebitur non promouere perſonas, quæ poſſint eſſe noxiæ eiſdem pupillis, & per conſequens non proponere tutores, qui ſint indigni, ſeu minus idonei ad tale munus. Ex alio capite, cum Iudex debeat procedere in datione tutoris cum inquiſitione ad effectum vt idoneum poſſit præficere tali muneri, non congrue præſtat ſuum munus, ſi ſcientèr, vel ſine debita inquiſitione minus idoneum, ſeu indignum diſputauerit.

2 Tam Iudex, quā Mater grauiter delinquunt petendo, & dando tutorem non idoneum.

Reſ-

3 Mater proponendo scientèr non idoneum amittit ius ad successionem filiorum suorum impuberum.

Respondeo secundo. Mater proponendo scientèr indignum, seu minus idoneum amittit ius ad successionem in bonis filiorum suorum impuberum. Expresfè colligitur ex textu *in l. 2. §. si mater in princip. ff. ad Senat. Consult. Tertul.* Ibi- *Quid si indignos, vel minus habiles ad tutelam petierit cum sciebat Prætorem eas non daturum? Quid tandem, si dedit eos prætor Matris petitionem secutus? Iam quidem præsumi delictum est, sed & Matris punitur consilium.* In alio autem matris consilium puniri posse videtur nisi in priuatione iuris ad succedendum in bonis filiorum, quandoquidem sub hac lege disponitur generalitèr de hac pæna, vt colligitur ex omnibus casibus ibidem enumeratis, vnde in principio dicitur. *Si mater non petierit tutores idoneos filijs suis, vel prioribus excusatis, reiectisque non confestim aliorum nomina ediderit ius non habet vendicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum*, & cum postea subdat *Quod, si indignos, vel minus habiles &c.* videtur sub eadem dispositione comprehendere Matrem non petentem tutores idoneos, ac Matrem petentem indignos, & minus idoneos, vnde subdit, *ergo siue non petierit, siue non idoneas petierit, punietur*, & cum ibidem comparet quoad culpam Matrem non petentem, & petentem non idoneos videtur etiam comparare quoad pænam, seu punitionem.

4 Iudex scienter dando nõ idoneum tenetur ad omnia damna inde secuta.

Respondeo tertio. Si Iudex non præstita debita inquisitione, vel scienter petitionem Matris secutus tutorem indignum, vel minus idoneum dederit in rigore loquendo tenebitur ad omnia damna inde secuta pupillis. Colligitur *ex d. l. 2. § si Mater vers. quid tandem, si dedit eos prætor ff. ad Senat. Consult. Tertullianum* Ibi- *Iam quidem prætoris delictum est. Sed & Matris punietur consilium*; Si etenim in Iudice delictum est, & quidem præiudiciale filijs impuberibus, ergo debet esse, & pæna correspondens, quæ in alio congruentius constitui non posse videtur, nisi in reparatione talium damnorum.

5 Modo tamen primo loco Iudex dans non idoneum ad petitionem eorum, ad quos pertinet non conuenitur.

Verùm tamen est, quod hodie videatur per consuetudinem inductum, quod Iudex non idoneos constituens tutores ad petitionem eorum, ad quos de iure spectat petere, saltem primo loco non compellatur talia damna reparare, sed primo conueniatur tutor sic datus, deinde illi, qui incongrue minus idoneos petierunt; sed, cum re vera Iudex teneatur præmittere debitam inquisitionem, & indagare super idoneitate propositi, seu nominati non videtur posse eximi à pæna neglecti muneris saltem in subsidium illorum, qui principalius tenentur, puta ipsius tutoris, qui male gessit, consanguineorum, qui ex proprio munere idoneos petere compellebantur, & præcipuè Matris, quæ ad hoc obligabatur non solum ex iure successionis, sed etiam ex affectu materno.

---

§. XI.

An, si mater filio impuberi tutorem non petierit ex eo, quod eidem filio legatum fuerit sub conditione, *si tutorem non habuerit*, priuetur iure successionis.

S V M M A R I V M.

Status disquisitionis expositus. 1.
In hac hypothesi Mater non petens, non priuatur successione remissiuè. 2.
Ad hoc vt Mater eximatur à tali pæna sufficit, quod damnum sit minus legata. 3.
Conditio apposita, cum videatur repugnare vtilitati publicæ, censenda est pro non apposita. 4.

Disquisitio XI. Mortuus est Titius relicto filio impuberi, eidemque non constituto tutore in testamento. Pendente termino matri ad petendum tutorem eidem filio relictum fuit ipsi ab alia persona legatum sub conditione tamen, si non habuerit tutorem. Mater, ne filius priuaretur tali legato, omisit tutorem petere. Quæsitum hic fuit, an mater ob defectum petiti tutoris præmoriente filio elapso termino a iure præscripto ad petendum intelligatur priuata iure ad succedendum? 1 Sensus disquisitionis expositus.

Memini, me de hac difficultate nonnulla in præcedentibus attigisse, & præcipuè *prænar. 13. sub assert. 3. vers. septima causa*, vbi concludenter asserui, quod in hypothesi pinguis hæreditatis, seu legati relictæ, seu relicti sub præmissa conditione mater non priuetur iure ad hæreditatem filij, si omiserit tutorem petere; vnde in præsenti persisto in eodem voto, & opinione. 2 In hac hypothesi si mater non petens non priuetur successione.

Difficultas solummodo aliqua esse potest, qualis, seu quanta debeat esse hæreditas, quale, & quantum legatum delatum filio ad effectum, vt mater non petens tutorem eximatur a pæna priuationis iuris ad hæreditatem?

Textus *in d. l. 2. §. si mater in verbo tractari bellè potest ff. ad Senat. Consultum Tertul.* loquitur in hæc verba. *Et puta*

cessare constitutionem, si damnum minus sit cumulo legati. Sed etiam ex hoc textu oritur difficultas, an ad effectum, vt mater eximatur a pæna priuationis iuris succedendi requiratur vt pinguior sit hæreditas, seu legatum delatum filio impuberi sub illa conditione, quam sint bona, quibus idem filius impubes aliunde gaudet, an verò sufficiat, quod hæreditas, seu legatum sit minus pinguis, seu pingue, dummodo tamen damnum, quod ex non petitione tutoris prouenit,

3 Ad hoc vt mater eximatur à tali pæna sufficit, quod damnum sit minus legatu, seu hæreditate.

sit maius. In hoc respondendum est, sufficere, quod damnum sit minus cumulo legati, seu hæreditatis, quod, si fuerit maius, certum est, quod non eximeretur Mater a pæna illa priuationis. *Baldus in l. matres col. 1. C. ad Senat. Consult. Tertul.*, *Maranta in l. is potest num. 242. ff. de acq. hæred.*, *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 16. num. 100.* Ratio in vniuersum ea est, quia iura in his consulere voluerunt indemnitati pupillorum; quando autem minus esset damnum in bonis proprijs pupilli in petitione tutoris facta, seu fienda per Matrem, quam priuatio hæreditatis, seu legati delati certum est, quod talis petitio foret eidem pupillo proficua, & non petitio noxia, & è contra, quando maius esset damnum in bonis eiusdem pupilli, quam acquisitio legati, seu hæreditatis, certum est, quod magis expediat pupillo petitio tutoris, quam acquisitio eiusdem hæreditatis, quia, si fuerit minus damnum in bonis pupilli, quam non acquisitio hæreditatis, seu legati, & mater neglexerit tutorem petere, non priuabitur iure hæreditatis, quia non petendo benè gessit negotium eiusdem pupilli, si verò fuerit maius damnum, vtique priuabitur, quia non petendo intulit præiudicium eidem pupillo.

Rationes pro hac responsione.

Verum tamen est, quod, cum huiusmodi conditio videatur vtilitati publicę repugnare eo, quod videatur cedere in damnum pupillorum, quorum indemnitas à iuribus publicis maximè consideratur, censenda sit pro non apposita, quod etiam videtur considerasse textus *in d. l. 2. §. si mater in vers. tractari belle potest ff. ad Senat. Consult. Tertul.* dum dixit *Nisi fortè quis putet conditionem hanc quasi vtilitati publicæ repugnantem remittendam*. Sed cum in præcedentibus diximus, quod quidem munus tutelæ est auctoritate publicum, vtilitate tamen priuatum, ratione publicæ vtilitatis non videtur hoc dictum subsistere.

4 Conditio illa vtpotè repugnans vtilitati publicæ habenda est pro non adiecta.

Sed, si dicatur, quod siue damnum in non petitione tutoris fuerit maius cumulo legati, seu hæreditatis, siue minus nunquam tamen videatur mater excusanda, cum potuerit à Principe impetrare remissionem talis conditionis; textus tamen *in d. l. 2. §. si mater in d. vers. tractari belle potest* decernit esse Matrem in hoc excusandam, Ibi- *Finge autem plenius conditionem conscriptam; Nonne erit Matri ignoscendum? aut hoc imputabitur Matri, cur non desideraverit à Principe conditionem remitti? Et puto non esse imputandum*, & nonnullis interpositis subdit rationem. *Consuluit enim ei ut minus inquietaretur, quam indefensus*. Atque hæc quoad primam partem dicta sufficiant.

Finis primæ partis.

Ad laudem, & gloriam omnipotentis Dei, Deiparæ Virginis, & Doctoris Gentium.

INDEX RERVM.

P. significat Prænotionem, n. numerum marginalem, D. Disquisitionem, §. Paragraphum, p. paginam.

A.

Absens. Absentia.

Accusatio.

Actio.

Exci-

Alienatio.

Amens.

Amor.

Appellatio.

Auus, & Auia.

Auus,

3 *Mater naturalis non petens filijs naturalibus intra tempus tutorem priuatur eorum successione.*

2. §. si mater ff. ad Tertul., Antonius Gabriel lib. 1. commun. opin. concl. 1. de tutel. nu. 2., Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 16. num. 49. Expresè colligitur *ex d. l. Matres C. qui petant tut.* Ibi- *Matres naturalibus etiam filijs ad similitudinem eorum, qui ex iustis, & legitimis nuptijs sunt procreati petendorum tutorum necessitati subiaceant*, & ratio ex en deducitur, quia quoad Matrem pro legitimis reputantur *l. si suscepta §. de inofficiosu ff. de inoffic. test. §. tam autem, & ibi Aret. Instit. eod., Alexander in l. ex facto §. si quis rogatus n. 4. ff. ad Trebel. vbi testatur de cummuni Paleotus de noth. & spur. c. 36. num. 4., Tiraquel in l. si vnquam verb. susceperit liberos n. 62. C. de reuoc. donat.*, ergo, sicuti mater legitima tenetur filijs suis impuberibus tutorem petere, & si non petat, priuabitur &c. ita &c. Confirmatur ex generali regula, secundum quā habentes proximius ius ad successionem tenentur tutores petere, à qua regula non video, cur sit excipiēda mater naturalis, dum iuxta allegata iura filijs suis naturalibus succedit.

Filij naturales quo ad matrē pro legitimis reputantur.

Hæc, quæ bic dicuntur, adeo vera sunt, vt quamuis mater naturalis allegaret ignorantiam iuris, in hoc non esset audienda, nec legis pænam effugeret, quia vt benè notat *Glosa in d. l. fin. in verb. profutura C. qui petant tut.* hæc esset ignorantia in iure naturali, vt habetur *in l. 2. C. de in ius vocan. l. si patronus hæres ff. si quid in fraud. pa.*, vnde in hoc locum habere non possunt textus *in l. error ff. de iur. & fact. ignor. & l. fin. §. si quis veru C. de codicil.*, quia isti procedunt de ignorantia iuris positiui, quæ facilius in fæminis præsumitur; vnde meritò, quia hic agitur de iure naturali *in d. l. fin. C. qui pet. tut.* subditur *nulla eis ignorantia ad euitanda legibus, vel sacris constitutionibus difinita, si petitionem tutorum minus curauerint profutura*.

4 *Nec excusaretur, quamuis allegaret ignorantiam iuris.*

Sed hic oritur difficultas, an ea, quæ dicuntur de negatione excusationis ex motiuo allegatæ ignorantiæ, æquè intelligenda sint in ordine ad non quærendum, ac in ordine ad amittendum, seu, quod idem est, procedant, siue in ordine ad pænam impropriam de non lucrando, siue in ordine ad pænam propriam de amittendo? Glosa *in d. l. fin. C. qui pet. tut.* videtur admittere, quod in hoc ignorantia iuris solum arceat à lucro, non obsit autem in amittendo; hocque probat per textum *in l. fin. C. de iur. & fact. ignor.* Solum aliquid difficultatis videtur facescere consideratio, quod, licet non possit in Matre præsumi ignorantia iuris exigentis, vt filijs suis impuberibus tutores petat, cum tale ius sit naturale, præsumi tamen possit quoad pænas, quæ propterea ipsam non possunt afficere; Sed hæc difficultas facilè solui potest, si asseratur, sufficere, quod sit notitia iuris præcipientis, nam tunc in consequentia venit priuatio successionis, cum indignus quis videatur successione eius, cuius contra ius naturale curam, & incolumitatem neglexit, vnde probato neglectu, & supposita notitia iuris præcipientis, non potest suffragari allegatio ignorantiæ quoad pænas.

5 *Ignorantia iuris solum arcet à lucro non obest in amittendo.*

---

§. VII.

An libertus non petens tutorem filijs patroni sui afficiatur aliqua pæna, & quanam.

SVMMARIVM.

Sensus disquisitionis exponitur. 1.
Libertus non petens tutorem filijs patroni constituitur reus deserti obsequij. 2.
Enumerantur pænæ, quas subit libertus, non petens filijs patroni tutorem. 3.
Reuocatur etiam in seruitutem. 4.
Intellige, nisi fuerit manumissus, ex causa necessaria. 5.
Liberi liberti, si orti fuerint pro tempore libertatis paternæ, reuocatu Patre in seruitutem non reducuntur ad seruitutem. 6.
Si veru orti fuerit, postquam Pater ad seruitutem redactus est, nascuntur serui. 7.
Ad hoc, vt reuocetur ob hanc causam in seruitutem requiritur sententia. 8.

DIsquisitio VII. Titius ex iusta causa Amarut seruum suum à seruitute manumisit, & deindè Titius patronus occubuit relictis filijs legitimis impuberibus non constituto eisdem Tutore. Amarut manumissus, seu factus libertus neglexit filijs patroni sui impuberibus tutorem petere intra tempora à iure præfinita. Dubitatum hic fuit, an idem libertus ob illum neglectum aliqua pæna afficiatur, & quanam.

1 *Series quæstionis exposita.*

Textus *in l. patroni C. qui pet. tut. vel curat.* cognoscit obligationem in eodem liberto petendi eisdem filijs patroni sui impuberibus tutorem, quam, si omiserit adimplere, eum constituit reum deserti officij. Ibi- *Cura adire prætorem, & nomina edere, ex quibus tutores constituantur, ne, si cessaueris, obsequij deserti periculum subeas.* Sed difficultas circa præsentem disquisitionem versatur, an ob desertum obsequium aliquam pænam incurrat, & quamnam?

2 *Libertus non petens tutorem filijs patroni constituitur reus deserti obsequij.*

Glosa

Glosa *in d. l. patroni C. qui petant tut. vel cur. in verb. subeas* inter pænas enumerat

3 Enumerantur pænæ, quas subit libertus non petens filijs patroni tutoré.

primo verberationem per textum *in l. 2. §. liberti ff. qui pet. tut.* secundo reuocationem in seruitutem, quam pænam nonnulli penes eandem Glosam asserunt contineri *in l. ingratus ff. de iur. patron. & in l. si manumissus C. de lib. & eorum lib.* Sed quoad hanc pænam reuocationis in seruitutem videtur obstare textus *in l. solo obsequij C. de liberal. caus.* vbi expresè dicitur, *quod solo obsequij non præstiti velamento data libertas rescindi non potest*. Sed ad hoc respondet *Glosa ibid.* distinguen-

4 Reuocatur etiam in seruitutem.

do de duplici obsequio; alterum, quod sit necessarium, alterum non necessarium, sicque dicit, quod obsequium necessarium non præstitum cessare faciat libertatem concessam, non sic autem obsequium non necessarium, si non fuerit præstitum; neglectus autem petitionis tutoris, de quo hic agimus, intelligendus est de omissione obsequij necessarij, adeoque &c.

Hic tamen aduertendum est, an ille libertus fuerit manumissus ex causa necessaria, an verò omnino liberali, puta,

5 Intellige nisi fuerit manumissus ex causa necessaria.

quia patronus ex aliqua hæreditate sibi delata sub conditione manumissionis seruum liberauerit, vel quia ex proprio voluntatis arbitrio nulla vrgente necessitate manumiserit; si etenim ex necessitate manumiserit, non videtur ex defectu obsequij posse in seruitutem reuocare, hocque expresè habetur *in l. 1. ff. de libert. & eorum lib.*; si verò ex causa liberali, & arbitraria, vtique videtur posse reuocare propter iura, & rationes supra allegata, & allegatas.

Sed numquid, si ipse libertus fuerit in seruitutē reuocatus ob non prǽstitū filijs

6 Si filij liberti orti fuerint pro tempore libertatis paternæ reuocato Patre in seruitutem ipsi non reducuntur ad seruitutem.

obsequiū impuberibus patroni sui in petitione tutoris intelligātur etiam eiusdē liberti etiam eum illo in seruitutem iterum reduci? In hoc distinguendum est, vel etenim liberi liberti orti erant antequam iterum reduceretur in seruitutem, vel nati sunt, postquam iterum in seruitutem fuit reductus. Si orti fuerint pro tempore libertatis paternæ certum est, quod per seruitutem, ad quam Pater fuit reuocatus ob illud non præstitum obsequium, ipsi non reducantur in seruitutem, prout expresè habetur *in d. l. si manumissus ff. de libert. & eor. lib.* Ibi- *Quoniam illis delicta parentum non nocent, quos tunc esse ortos constiterit, dum libertate illi potirentur*. Si verò orti fuerint, postquam eorum pater iterum seruus est effectus, tunc certum est, eos nasci seruos, quia ex parente seruo nascuntur, quod colligitur *ex d. l. si manumissus* Ibi- *filios etiam, qui postea nati fuerint seruitutis*. Sed

7 Si verò orti fuerint postquam Pater est reductus ad seruitutem ipsi nascuntur serui.

quid dicendum erit, si filij non fuerint nati, quando eorum Pater iterum fuit in seruitutem redactus, fuerint tamen concepti. Tunc *Glosa in d. l. si manumissus in verb. nati C. de libert. & eor. lib.* asserit, quod, si fuerint concepti ante reuocationem Patris in seruitutem, adhuc reuocato Patre in seruitutem non nascantur serui, sed liberi, cum ante concepti pro natis habeantur per textum *in l. qui in vtero ff. de stat. hom. & l. Paulus §. 1. ff. pignor.*

Solum hic oritur difficultas, an, si li-

8 Ad hoc tamen vt libertus ob nó petitum tutorem reuocetur in seruitutem requiritur Iudicis sententia.

bertus omiserit intra tempora à iure præfinita tutorem filijs impuberibus patroni sui petere, ipso iure iterum in seruitutem renocetur, an verò necessaria sit Iudicis sententia? Crederem, ad hoc requiri Iudicis sententiam, quod videtur colligi *ex d. l. si manumissus* Ibi- *Si in iudicio, vel apud pedaneos Iudices patroni querela exorta ingratum eum ostendat*, quod clarius explicans *Glosa ibid.* Si coram, inquit, Iudice ordinario, vel delegato ostenderis libertum ingratum, in seruitutem reuocabitur, quæ verba videntur exigere sententiam Iudicis, cui constet delictum, & super illo sententiam ferat.

---

§. VIII.

An extante tutore testamentario, qui non administret, teneatur Mater filijs tutorem petere.

SVMMARIVM.

Sensus disquisitionis explanatus. 1.
Sententia negans in hac hypothesi Matrem teneri petere tutorem. 2.
Sententia docens absolutè teneri. 3.
Probabilius tutoribus testamentarijs non administrantibus, tenetur Mater vel eos compellere ad administrandum, vel alios petere. 4.

Disquisitio VIII. Caius condito suo vltimo testamento, relictisque filijs

1 Exponitur series quæsiti.

impuberibus, quos sibi hæredes scripsit, eisdemque in eodem testamento constituto tutore decessit. Mortuo Caio tutor per illum datus in testamento tutelam non suscepit, nec administrabat. Quæsitum hic fuit, an Mater sub pæna non petiti tutoris teneretur tutorem alium filijs suis impuberibus petere?

Negant in ea hypothesi, Matrem teneri filijs tutorem petere *Bartolus in l. 2.*

ff. qui

ff. qui pet. tut. & in l. vlt. §. personit C. de administ. tut., *Baldus in l. precibus n. 18. C. de*

2 Sententia negans Matrem, in hac hypothesi teneri petere tutorem.

impub. & aly substit., *Socinus conf. 20. n. 4. vol. 1.*, *Maranta in repetit. l. is potest num. 222. ff. de acq. hæred.*, quinimmo, nec teneri curare, quod tutor a Patre datus administret, docent *Baldus conf. 403. in 4. vol.*, *Abbas conf. 90. vol. 2.*, *Aret. conf. 107.*, *Marianus Iun. conf. 16. vol. 2.* Existente etenim tutore testamentario onus incumbit eidem curandi vtilitatem filiorũ, nec necesse est, vt mater sit sollicita, vt administret. Addito etiam, quod, cum Pater potius fiderit eidem tutori, quam ipsi matri, videatur ipsa mater per constitutionem talis tutoris testamentarij exempta à quocunque onere in ordine ad curam filiorum.

Rationes pro hac sententia.

3 Sentẽtia docens absolutè teneri.

Contrarium tamen sustinet *Lucas de Penna in l. nullus C. de proxim. SacroScrin. lib. 12. vers. tertio quæritur*, qui potissimũ ea mouetur ratione, quod finis legis obligantis matrem ad petendũ filijs suis impuberibus tutorem militet etiam in hoc casu; hic etenim est, ne pupilli maneant indefensi, & eorum bona obnoxia periculis, & damnis ob non existentiam curatorum, qui teneantur ex proprio munere defendere, & tueri; sed hic finis militat etiam, dum adest tutor testamẽtarius, qui tamen non administret, nec vllam curam subeat personarum, & bonorum, ergo in hac hypothesi mater non petens tutorem deficit à munere sibi à natura, & iuribus iniuncto, adeoque tenebitur pœnis contra obligatos non petentes iniunctis. Quid iam in hac facti serie concludendum?

Rationes pro hac sententia.

In præcedentibus *sub hoc eodem tit. de tutor., & curat. prænot. 13.* inter causas excusantes matrem à pœnis, si tutores non petierit *vers. tertia causa est*, enumerabamus hanc, si pupilli habeant tutorem testamentarium; ante tamen *sub eadem prænot. assert. 2. vers. nec solum mater*, iuxta textum *in l. 2. ff. qui pet. tut.*, *vel curat.* diximus, quod, si mater remouere non fecerit tutores iam datos non idoneos editis aliorum nominibus, ius non habeat vendicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum; Quod, si hæc verificantur, quando tutores iam dati desides sunt, aut suspecti, non video, cur verificari non debeant, quando ijdem tutores apertè tutelam non administrent.

Aliæ rationes idem suadentes.

Ad hæc respondet *Gutierez de tut., & curat. part. 1. c. 16. nu. 42., & seqq.* textum illum *in d. l. 2. ff. qui pet. tut.*, *vel curat.*, procedere tantum quoad tutores petitos à matre, non sic autem quoad testamentarios, cum ad ipsam non spectet eosdem testamentarios ad administrationem compellere, & per consequens, nec ad eorum remotionem agere, nec ad suffectionem aliorum. Idipsum sensit *Marianus conf. 16. num. 28. lib. 2.*, *Montanus de tut., & curat. c. 18. n. 15.*

Confutatio harũ rationũ per Gutierez.

Respondeo tamen, mihi valdè probabile esse tutoribus testamentarijs non administrantibus teneri matrem, vel eos- 4

dem compellere ad administrationem, vel editis aliorum nominibus agere ad aliorum electionem, quod etiam valde approbat *Angelus in §. sed quemadmodum n. 7. Instit. ad Tertul.*, durum etenim mihi videtur, quod mater non ignara neglectus bonorum filiorum suorum possit impunè acquiescere, & relinquere eadem bona exposita periculis, & dispersionibus, cum hoc repugnet naturali pietati maternæ, vndè digna non videtur successione in bonis eorundem filiorum, quę contra naturalem instinctum se exuit commiseratione erga eosdem. Vidē, quę latè de hoc diximus *sub hoc eod. tit. prænot. 13. sub assert. 2. vers. secundo circa hoc contingit dubitari*, vbi etiam respondetur aduersantium rationibus.

Mater probabilius tenetur, vel eos compellere, vel alios petere.

---

§. IX.

An habenti tutorem possit adiungi curator ob augmentum facultatum.

SVMMARIVM.

Exponitur sensus disquisitionis. 1.
Potest filio habenti tutorem adiungi curator in ordine ad facultates adauctas. 2.
Si hæreditas adaucta fuerit in eadem prouincia, potest solum dari curator, si in diuersa etiam tutor. 3.
Assignatur ratio talis diuersitatis. 4.
In quo consistat munus talis curatoris adaucti. 5.
Ex eo, quod fuerit adauctus curator, non sequitur, quod tutor prior prius sit liberandus. 6.

DIsquisitio IX. Titius in suo vltimo testamento constituit filio suo impuberi tutorem, & postea prædecessit. 1

Tutor sic constitutus tutelam seruatis seruandis suscepit; & postea ex interuallo pinguis hæreditas eidem filio impuberi aliundè obuenit. Quæsitum hic fuit, an ratione talis augmenti possit curator adiungi, & quodnam debeat esse istius munus, quæq; obligatio in isto consurgat, & pro quonam tempore?

Sensus disquisitionis.

Respon-

2 Potest filio habenti tutorẽ curator adiungi in ordine ad facultates adauctas.

Respondeo, primo posse in hac hypothesi filio impuberi habenti tutorem adiungi curatorem in ordine ad facultates adauctas. In hoc consentit *Glosa in l. propter latè diffusum in verb. Curatores, & in l. cum ob augmentum in princip. C. in quib. cas. tut. vel curat. hab.*, & expresse colligitur ex eisdem textibus, vbi propter latitudinem facultatum admittitur posse adiungi tutori curatorem.

3 Si hæreditas adaucta fuerit in eadem prouincia, potest solum curator adiungi, si in diuersa etiam tutor.

Sed, si hic quæras, an etiam alius tutor possit adiungi, & cur potius curator, quam tutor? Glosa *in d. l. propter latè diffusum in verb. constitutum C. in quib. cas. tut., vel curat.* distinguit, vel etenim hæreditas, quæ de nouo obuenit, est in eadem prouincia, & tunc dicit posse solummodo adiungi curatorem, hocque probat per textum *in l. propter litem §. fin. ff. de excus. tut.*, vbi dicitur, quod tutor datus simpliciter, vel per testamentum, vel per Iudicem non possit compelli gerere tutelam bonorum, quæ sunt vltra centum milliaria, nisi esset in eadem prouincia, & ibi subditur, *& ideo illarum rerum dabunt tutores in Prouincia Præsides eius*, vel hæreditas, quæ obuenit, est in diuersa prouincia, & tunc dicit posse dari tutorem, & hoc probat per textum *in l. testamento C. de excus. tut., & in l. tutores, qui post §. rerum ff. de admin. tut.*

4 Assignatur ratio talis diuersitatis.

Si autem quæratur, cur, si hæreditas in eadem prouincia existat, non possit tutor constitui, sed solum curator? tunc Glosa *in l. licet tutorem habenti in verb. non potest C. in quib. cas. tut. vel curat. hab.* nonnullas rationes adducit, & primo, quia tutor datus simpliciter habet plenitudinem potestatis in pupillum, & eius res, vnde alius superueniens non potest habere eandem plenitudinem, & sic potest adiungi curator, de cuius munere non est, vt habeat talem plenitudinem potestatis. Secundo, quia tutor datur personæ, & per consequens rebus omnibus per textum *in §. certè instit. qui test. tut. dar. poss. & §. datus instit. de excus. tut.*; curator vero rebus tantum datur per textum *in l. in copulandis C. de nupt.*, & propterea dari potest etiam rebus aliquibus, & non omnibus. Tertio, quia tutor datus auctorizat in aditione hæreditas, nõ sic curator per textum *in l. cum in vna §. tutor ff. de appel.*

Sed, cum dicatur, quod tutor habeat plenitudinem potestatis, non sic curaotr, & quod tutor detur personæ, & per consequens rebus omnibus, ne sic curator, qui datur tantum rebus, remanet adhuc explicandum cur *Glosa in d. l. propter latè diffusum*, asserat, quod, si hæreditas sit extra eandem prouinciam possit quoad eandem dari tutor, secus, si sit intra eandem prouinciam, in quo casu potest solummodo dari curator; si etenim tutori competit plenitudo potestatis, & principaliter præficitur personæ pupilli; quomodo ille, cui confertur administratio bonorum extra prouinciam, & in qua non degit pupillus, potest habere plenitudinem potestatis in ordine ad omnia bona, & præesse eidem pupillo? Ergo etiam quantumuis hæreditas existat extra prouinciam habenti tutorem non poterit adiungi alius tutor, sed ad summum curator. At hæc responderi potest, quod, quamuis tutela secundum se, & regulariter sit cum plenitudine potestatis in ordine ad personam, & bona pupilli; ex accidenti tamen, puta, si bona esset valdè diffusa, possit restringi ad aliqua tantum, & diuidi inter plures per ea, quæ etiam in præcedentibus docuimus; & licet in ordine ad personam pupilli tutor datus extra prouinciam nõ videatur posse suffragari, nihilominus adhuc potest dici tutor, quia, quamuis propter absentiam in ordine ad personam pupilli non habeat exercitium tutelæ, seu actualis gubernij, habet tamen tutelam in habitu, seu in actu primo, cuius exercitium posset habere, si fieret præsens, non .n. repugnat, quod eiusdem, seu eorundem pupillorum plures sint tutores vel simul, vel successiuè dati per ea, quæ in præcedentibus docuimus. Quod, si non placet hæc responsio dicite, quod *Glosa in d. l. propter latè diffusum C. in quib. casib. tut., vel curat.* acceperit promiscuè nomen tutoris pro curatore.

Proponitur dubium, & simul dissoluitur.

Respondeo secundo. Munus curatoris adiuncti ratione patrimonij adaucti, si bona fuerint in eadem prouincia, seu tutoris iuxta sensum mox explicatum, si bona fuerint extra prouinciam, præcipuè consistit in administratione bonorum, quæ de nouo aduenerunt seruatis in hoc genere seruandis, nempe confecto prius inuentario, præstita cautione fideiussoria, & iuramento de bene gerendis negotijs pupillorum. In hoc consentiunt communiter; & hoc oritur ex ipsa natura curatoris iuxta latè in præcedentibus probata, & allegata; & sicuti hic potest solummodo gerere administrationem quoad bona adaucta, ita poterit solummodo quoad illa conueniri.

5 Munus curatoris adaucti consistit in administratione bonorum, quæ de nouo aduenerunt.

Respondeo tertio ex eo, quod quoad huiusmodi bona adaucta adiunctus fuerit tutor vel curator iuxta supra explicata non sequitur, quod tutor prior prius sit liberandus. Expresse colligitur

ex

extextu *in l.cum ob augmentum C. in quib. caf. tut. vel curat. habeat.* Ibi *Cum ob augmentum facultatum curatores adiungi soleant, non prius dati tutores ab administratione eorum liberantur*; ex quibus sequitur, quod tutor prius datus tandiu debeat perseuerare in tutela, quandiu perseueraret, si alius tutor, seu curator ob facultates adauctas non esset adiunctus per textum *in l.quoties §.fin. ff.de administ.tut.* Sed hic suboritur difficultas, an, si ob facultates adauctas in eadem prouincia datus fuerit curator, eius munus duret dumtaxat ad tempus, quo durat tutor, an verò protrahatur ad ætatem perfectam 25. annorum ætatis eius, cui fuit datus? Ex vno capite videtur dicendum, quod durare debeat dumtaxat ad tempus, quo perseuerare debet tutor, cum detur quodamodo in adiutorium eiusdem, cum ob diffusum patrimonium nõ valeat omnia administrare, sicque cessante tutoris munere cessare debet, & munus eiusdem curatoris adiuncti, ne latius sit munus adiuncti, quam principalis, cui adiungitur. Ex alio capite, cum munus curatoris ex genere suo protrahatur vsque ad ætatem 25. annorum eius, cui datur, & in hac hypothesi detur formalitèr, vt curator, videtur protrahendum vsque ad illam ætatem. Probabilius arbitror protrahi vsque ad ætatem 25. annorum, nisi aliud fuerit expresè dispositum, & hoc propter rationem mox adductam, quod scilicet curator, qua talis, protrahatur de iure cõmuni vsque ad illud tempus, Nec obstant quę ex aduerso afferebantur, quia, cum detur in ordine ad diuersas res non habet vllam dependentiam à tutote antecedentèr dato in ordine ad secundum patrimonium; & sicuti, si plures dati fuerint tutores, qui auctore Iudice diuiserint bona vnus in administratione non communicat cum alio, ita vnus ab altero nõ dependet. Adde, quod regularitèr ille, qui datus est tutor elapso tempore, ad quod durat tutela, perseueret, vt curator in bonis vsque ad annum vigesimum quintum, & hoc ex consuetudine ferè vbique recepta, adeoque etiam curator datus quoad specialia bona debeat vsq; ad illud tempus perseuerare.

6 Ex eo, quod fuerit adauctus curator nõ sequitur, quod tutor prior prius sit liberandus.

Curator adauctus durabit vsque ad 25. annũ eius, cui datur.

§. X.

An, si Mater filijs tutores indignos, seu minus idoneos petierit, & Iudex eosdem dederit, culpa, & pęna imputetur Iudici, an verò Matri.

SVMMARIVM.

Sensus quæsiti expositus. 1.
Tàm mater, quàm Iudex grauiter in proprio munere delinquunt petendo, & dando tutorem non idoneum. 2.
Mater proponendo tutorem non idoneum priuatur iure ad successionem filiorum. 3.
Iudex, si scienter dederit non idoneum tenetur ad omnia damna inde secuta. 4.
Modo Iudex dans non idoneum ad petitionem aliorum primo loco non conuenitur. 5.

Disquisitio X. Mortuo Titio Patre, nulloque filijs suis impuberibus relicto tutore testamentario vxor eiusdem, & respectiuè mater eorundem filiorum impuberum ad effectum, ne excluderetur a successione eorundem petijt, quidem intra tempus à iure præfinitum tutorem, sed scienter indignum, seu minus idoneum, quem Iudex etiam cum scientia inidoneitatis, vel omissa debita inquisitione confirmauit. Per tutorem sic datum administrata fuerunt bona filiorum impuberum, sed cum magno detrimento rerum, seu facultatum pupillarium. Orta hic fuit controuersia, an æquè culpa esset imputanda Matri petenti, ac Iudici confirmanti, & an vterque subsit pænæ, & cuinam?

1 Exponitur titulus in suis terminis.

Respondeo primo, tam Matrem petentem, quàm Iudicem dantem grauitèr in proprio munere delinquere petendo, & dando tutorem indignum minus idoneum. Ita expresè *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 16. num. 56.* Ratio ex eo deducitur, quia Mater ex officio materno tenetur consulere indemnitati pupillorum, ergo a fortiori tenebitur non promouere personas, quæ possint esse noxiæ eisdem pupillis, & per consequens non proponere tutores, qui sint indigni, seu minus idonei ad tale munus. Ex alio capite, cum Iudex debeat procedere in datione tutoris cum inquisitione ad effectum vt idoneum possit præficere tali muneri, non congrue præstat suum munus, si scientèr, vel sine debita inquisitione minus idoneum, seu indignum disputauerit.

2 Tam Iudex, quã Mater grauiter delinquunt petendo, & dando tutorem non idoneum.

Res-

Respondeo secundo. Mater proponendo scientèr indignum, seu minus idoneum amittit ius ad successionem in bonis filiorum suorum impuberum. Expresè colligitur ex textu *in l. 2. §. si mater in princip. ff. ad Senat. Consult. Tertul.* Ibi- *Quid si indignos, vel minus habiles ad tutelam petierit eum sciebat Prætorem eos non daturum? Quid tandem, si dedit eos prætor Matris petitionem secutus? Iam quidem præsumi delictum est, sed & Matris punitur consilium.* In alio autem matris consilium puniri posse videtur nisi in priuatione iuris ad succedendum in bonis filiorum, quandoquidem sub hac lege disponitur generalitèr de hac pæna, vt colligitur ex omnibus casibus ibidem enumeratis, vnde in principio dicitur. *Si mater non petierit tutores idoneos filijs suis, vel prioribus excusatis, reiectisque non confestim aliorum nomina ediderit ius non habet vendicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum*, & cum postea subdat *Quod, si indignos, vel minus habiles &c.* videtur sub eadem dispositione comprehendere Matrem non petentem tutores idoneos, ac Matrem petentem indignos, & minus idoneos, vnde subdit, *ergo siue non petierit, siue non idoneos petierit, punietur*, & cum ibidem comparet quoad culpam Matrem non petentem, & petentem non idoneos videtur etiam comparare quoad pænam, seu punitionem.

3 Mater proponendo scientèr non idoneum amittit res ad successionem filiorum suorum impuberum.

Respondeo tertio. Si Iudex non præstita debita inquisitione, vel scienter petitionem Matris secutus tutorem indignum, vel minus idoneum dederit in rigore loquendo tenebitur ad omnia damna inde secuta pupillis. Colligitur *ex d. l. 2. § si Mater vers. quid tandem, si dedit eos prætor ff. ad Senat. Consult. Tertullianum* Ibi- *Iam quidem prætoris delictum est. Sed & Matris punietur consilium*; Si etenim in Iudice delictum est, & quidem præiudiciale filijs impuberibus, ergo debet esse, & pæna correspondens, quæ in alio congruentius constitui non posse videtur, nisi in reparatione talium damnorum.

4 Iudex scienter dando nō idoneum tenetur ad omnia damna inde secuta.

Verùm tamen est, quod hodie videatur per consuetudinem inductum, quod Iudex non idoneos constituens tutores ad petitionem eorum, ad quos de iure spectat petere, saltem primo loco non compellatur talia damna reparare, sed primo conueniatur tutor sic datus, deinde illi, qui incongrue minus idoneos petierunt; sed, eum re vera Iudex teneatur præmittere debitam inquisitionem, & indagare super idoneitate propositi, seu nominati non videtur posse eximi a pæna neglecti muneris saltem in subsidium illorum, qui principalius tenentur, puta ipsius tutoris, qui male gessit, consanguineorum, qui ex proprio munere idoneos petere compellebantur, & præcipuè Matris, quæ ad hoc obligabatur non solum ex iure successionis, sed etiam ex affectu materno.

5 Modo tamen primo loco Iudex dans non idoneum ad petitionem eorum, ad quos pertinet non conuenitur.

---

§. XI.

An, si mater filio impuberi tutorem non petierit ex eo, quod eidem filio legatum fuerit sub conditione, *si tutorem non habuerit*, priuetur iure successionis.

S V M M A R I V M.

Status disquisitionis expositus. 1.
In hac hypothesi Mater non petens, non priuatur successione remissiuè. 2.
Ad hoc vt Mater eximatur à tali pæna sufficit, quod damnum sit minus legato. 3.
Conditio apposita, cum videatur repugnare vtilitati publicæ, censenda est pro non opposito. 4.

Disquisitio XI. Mortuus est Titius relicto filio impuberi, eidemque non constituto tutore in testamento. Pendente termino matri ad petendum tutorem eidem filio relictum fuit ipsi ab alia persona legatum sub conditione tamen, si non habuerit tutorem. Mater, ne filius priuaretur tali legato, omisit tutorem petere. Quæsitum hic fuit, an mater ob defectum petiti tutoris præmoriente filio elapso termino a iure præscripto ad petendum intelligatur priuata iure ad succedendum?

1 Sensus disquisitionis expositus.

Memini, me de hac difficultate nonnulla in præcedentibus attigisse, & præcipuè *prænot. 13. sub assert. 3. vers. septima causa*, vbi concludenter asserui, quod in hypothesi pinguis hæreditatis, seu legati relictæ, seu relicti sub præmissa conditione mater non priuetur iure ad hæreditatem filij, si omiserit tutorem petere; vnde in præsenti persisto in eodem voto, & opinione.

2 In hac hypothesi si mater non petens non priuetur successione.

Difficultas solummodo aliqua esse potest, qualis, seu quanta debeat esse hæreditas, quale, & quantum legatum delatum filio ad effectum, vt mater non petens tutorem eximatur a pæna priuationis iuris ad hæreditatem?

Textus *in d. l. 2. §. si mater in verbo tractari bellè potest ff. ad Senat. Consultum Tertul.* loquitur in hæc verba. *Et puta*

cessare constitutionem, si damnum minus sit cumulo legati. Sed etiam ex hoc textu oritur difficultas, an ad effectum, vt mater eximatur a pæna priuationis iuris succedendi requiratur vt pinguior sit hæreditas, seu legatum delatum filio impuberi sub illa conditione, quam sint bona, quibus idem filius impubes aliunde gaudet, an verò sufficiat, quod hæreditas, seu legatum sit minus pinguis, seu pingue, dummodo tamen damnum, quod ex non petitione tutoris prouenit,

3 Ad hoc vt mater eximatur à tali pæna sufficit, quod damnum sit minus legato, seu hæreditate.

sit maius. In hoc respondendum est, sufficere, quod damnum sit minus cumulo legati, seu hæreditatis, quod, si fuerit maius, certum est, quod non eximeretur Mater a pæna illa priuationis. *Baldus in l. matres col. 1. C. ad Senat. Consult. Tertul.*, *Maranta in l. is potest num. 242. ff. de acq. hæred.*, *Ioannes Gutierez de tut. & curat. part. 1. c. 16. num.* 100. Ratio in vniuersum ea est, quia iura in his consulere voluerunt indemnitati pupillorum; quando autem minus esset damnum in bonis proprijs pupilli in petitione tutoris facta, seu fienda per Matrem, quam priuatio hæreditatis, seu legati delati certum est, quod talis petitio foret eidem pupillo proficua, & non petitio noxia, & è contra, quando maius esset damnum in bonis eiusdem pupilli, quam acquisitio legati, seu hæreditatis, certum est, quod magis expediat pupillo petitio tutoris, quam acquisitio eiusdem hæreditatis, quia, si fuerit minus damnum in bonis pupilli, quam non acquisitio hæreditatis, seu legati, & mater neglexerit tutorem petere, non priuabitur iure hæreditatis, quia non petendo benè gessit negotium eiusdem pupilli, si verò fuerit maius damnum, vtique priuabitur, quia non petendo intulit præiudicium eidem pupillo.

Rationes pro hac responsione.

Verum tamen est, quod, cum huiusmodi conditio videatur vtilitati publicę repugnare eo, quod videatur cedere in damnum pupillorum, quorum indemnitas à iuribus publicis maximè consideratur, censenda sic pro non apposita, quod etiam videtur considerasse textus *in d. l. 2. §. si mater in vers. tractari belle potest ff. ad Senat. Consult. Tertul.* dum dixit *Nisi fortè quis putet conditionem hanc quasi vtilitati publicæ repugnantem remittendam*. Sed cum in præcedentibus diximus, quod quidem munus tutelæ est auctoritate publicum, vtilitate tamen priuatum, ratione publicæ vtilitatis non videtur hoc dictum subsistere.

4 Conditio illa vipotè repugnans vtilitati publicæ habenda est pro non adiecta.

Sed, si dicatur, quod siue damnum in non petitione tutoris fuerit maius cumulo legati, seu hæreditatis, siue minus nunquam tamen videatur mater excusanda, cum potuerit à Principe impetrare remissionem talis conditionis; textus tamen *in d. l. 2. §. si mater in d. vers. tractari belle potest* decernit esse Matrem in hoc excusandam. Ibi- *Finge autem plenius conditionem conscriptam; Nonne erit Matri ignoscendum? aut hoc imputabitur Matri, cur non desiderauerit à Principe conditionem remitti? Et puto non esse imputandum*, & nonnullis interpositis subdit rationem. *Consuluit enim ei vt minus inquietaretur, quam indefensus*. Atque hæc quoad primam partem dicta sufficiant.

Finis primæ partis.

Ad laudem, & gloriam omnipotentis Dei, Deiparæ Virginis, & Doctoris Gentium.

IN

INDEX RERUM.

P. significat Prænotionem, n. numerum marginalem, D. Disquisitionem, §. Paragraphum, p. paginam.

A.

Absens. Absentia.

Accusatio.

Actio.

Exci-

Alienatio.

Amens.

Amor.

Appellatio.

Auus, & Auia.

Auus,

B.

Bannum. Bannitus.

Beneficium.

Beneficium cedendaeum.

Vide verb. cedendæ, cessio, & transactio.

Beneficium diuisionis.

Nec

Si

Curator quoad defferentias à Tutore.

D.

Denunciatio.

Deportatus.

Diuisio.

Dolus, & Fraus.

E.

Educatio.

Electio.

Emancipatus. Emancipatio.

 tione

Post

Excussio.

Exhæredatus.

Expensæ.

G.

Gabella. Gabellarius.

frustus

H.

Hæres. Hæreditas.

Hypotheca.

Honor. Honorificum.

Vide in verb. Fauor, & fauorabile.

I.

Indiuiduum. Indiuisum.

Ignorantia.

Illegitimus.

tre

Proba-

cessionis

tempus

Sss pectum

25.

Mora.

Mutus.

N.

Nepos. Neptis.

Notarius.

Nuptiae secundae.

O.

Obligatio.

P.

Pater.

Patronus.

Pro-

Hæc

Q.

Quæstio status.

R.

Relegatio.

Renuntiatio.

Rex. Regina.

S.

Salarium.

Satisdatio.

Senatus Consultum Liberianum.

Senatus Consultum Velleianum.

Sententia.

Seruus.

Hic

Surdus.

Suspitio. Suspectus.

tute-

T.

Tempus.

Teſtamentum.

Testator.

Transactio.

Tutela.

Tutor in Genere.

Tutor Attilianus.

Tutor fiduciarius.

Tutor Honorarius.

Tutor legitimus.

Auus

Tutor notitiæ causa.

Tutores plures.

Tutor Regis.

Tutor Testamentarius.

Si

V.

Venter prægnans.

FINIS.